Pamph.
Econ.
Mon.
P

Der Scheck im Konkurse des Ausstellers

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde der juristischen Fakultät
an der Universität Gießen

vorgelegt von

Referendar Georg Pullmann

aus

Osnabrück.

Osnabrück.
Druckerei der Niedersächsischen Allgemeinen Zeitung.
1914.

Von der Fakultät genehmigt am 13. Februar 1914.

Referent: Geh. Justizrat Professor Dr. Leist.

Meinen lieben Eltern

in Dankbarkeit gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2015

https://archive.org/details/derscheckimkonku00pull

Inhaltsverzeichnis.

Seit

A. Einleitung.

§ 1. Wirtschaftliche Bedeutung des Scheckverkehrs 9

B. Allgemeiner Teil.

§ 2. Die rechtliche Natur des Schecks 13
§ 3. Der Bankscheckvertrag 15

C. Besonderer Teil.
Die Rechtsverhältnisse, die sich im Konkurse des Ausstellers ergeben.

§ 4. Die Rechtsstellung des Scheckinhabers (Aussonderungsrecht?) 26
§ 5. Das Verhalten des Bezogenen bei Vorzeigung des Schecks . . 36
§ 6. Die Rechtsverhältnisse des Scheckguthabens 46
§ 7. Der Widerruf eines vor Konkurseröffnung ausgestellten Schecks durch den Konkursverwalter 52

D. Schluß.

§ 8. Zusammenfassendes Ergebnis der Abhandlung 61
§ 9. Die in der Arbeit behandelten Fragen in Hinsicht auf ein Weltscheckrecht 62

Literaturverzeichnis.

Apt, Scheckgesetz, Berlin 1909.

Begründung zum Scheckgesetz i. Drucksachen des Reichstages, 12. Legislaturperiode, 1. Session 1907/8, Nr. 566.

Birnbaum, Ueber Schecks i. Z.H.R., Bd. 30, S. 1 ff.

Breit, Die Grundlagen des internen Scheckrechts i. ZHR. Bd. 64, S. 445 ff.

—, Pflichten und Rechte des Bankiers unter dem Scheckgesetz, Leipzig 1908.

—, Scheck-, Girovertrag und Kontokorrent i. ZHR. Bd. 67, S. 507 ff.

Buff, Der gegenwärtige Stand und die Zukunft des Scheckverkehrs in Deutschland, München 1907.

—, Das deutsche Scheckgesetz, Stuttgart 1908.

Canstein, Der Scheck nach dem österreichischen Gesetz vom 3. April 1906, Berlin 1906.

—, Die Klage des Scheckinhabers gegen den Scheckbezogenen i. ZHR., Bd. 60, S. 164 ff.

—, Scheck, Wechsel und deren Deckung i. Arch. f. bürgerl. Recht, Bd. 4.

Cohn, Der vorläufige Entwurf eines deutschen Scheckgesetzes i. ZHR. Bd. 61, S. 1 ff.

Conrad, Handbuch des deutschen Scheckrechts, Stuttgart 1906.

—, Die materiellen Voraussetzungen und die Form des Schecks i. ZHR., Bd. 57, S. 49 ff.

Denkschrift zum Entwurf eines HGB., 1896.

Dernburg, Bürgerliches Recht, Leipzig 1899.

Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch, Leipzig 1908.

Endemann, Handbuch des deutschen Handels-, Wechsel- und Seerechts, Bd. III, Leipzig 1885.

—, Das deutsche Konkursverfahren, Leipzig 1889.

Fick, Die Frage der Scheckgesetzgebung auf dem europäischen Kontinent Zürich 1897.

Fitting, Das Reichskonkursrecht, Berlin 1881.

Goldschmidt, Universalgeschichte, i. Handb. des Handelsrechts, Bd. I., Abt. I., Stuttgart 1891.

Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Jena 1900.

Hanausek, Der Scheck im Giroverkehr der österreichisch-ungarischen Bank, Wien 1889.

Hellmann, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Berlin 1907.

Hellwig, Verträge auf Leistung an Dritte, Leipzig 1899.

Hoppenstedt, Zum Scheckgesetz, Berlin 1892.

—, Ein zweites Wort zum Scheckgesetz, Berlin 1892.

Jehle, Scheckgesetz, Leipzig 1909.

Jaeger, Kommentar zur Konkursordnung, Berlin,
Bd. 1 Lieferung 1 (§§ 1—15), 1907,
Bd. 1 Lieferung 2 (§§ 16—42), 1908,
Bd. 1 Lieferung 3 (§§ 43—70), 1911,
Bd. 2 Lieferung 1 (§§ 71—137), 1911,
Bd. 2 Lieferung 2 (§§ 138—200), 1912.

Kapp, Der Scheck i. ZHR. Bd. 30, S. 325 ff.

Koch, Ueber Bedürfnis und Inhalt eines Scheckgesetzes, Berlin 1883.

—, Vorträge und Aufsätze, Berlin 1892.

Kohl, Scheckgesetz und Postscheckordnung, Halle 1909.

Kohler, Lehrbuch des deutschen Konkursrechts, Stuttgart 1891.

Kostanecki, Der öffentliche Kredit im Mittelalter, Leipzig 1889.

Kuhlenbeck, Der Scheck, Leipzig 1890.

—, Das deutsche Scheckgesetz, Breslau 1908.

Langen, Zum Scheckrecht, Berlin 1910.

Lent, Die Anweisung als Vollmacht und im Konkurse, Leipzig 1907.

Lessing, Scheckgesetz, München 1908.

Merzbacher, Scheckgesetz, München 1908.

Mittermaier, Die Bankanweisung (chèque) und das französische Gesetz vom 14. Juni 1865 i. ZHR. Bd. 10, S. 10 ff.

Motive zum Entwurf der K. O. für das deutsche Reich. 1877.

Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1906.

Oetker, Konkursrechtliche Grundbegriffe, Stuttgart 1891, Bd 1.

Pavlicek, Das direkte Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen i. ZHR. Bd. 61, S. 127 ff.

—, Das Scheckgesetz des deutschen Reiches vom 11. März 1908 i. ZHR. Bd. 63, S. 19 ff.

—, Der Scheck, Wien 1898.

Petersen-Kleinfeller, Konkursordnung, Lahr 1900.

Planck, Bürgerliches Gesetzbuch, Berlin 1907.

Proebst, Die Grundlagen unseres Depositen- und Scheckwesens, Jena 1908.

Riehl, Die Anweisung, Diss. München 1907.

Rießer, Zur Revision des HGB. i. ZHR. Beilageheft zu Bd. 33 u. 35.

Sarwey-Bossert, Konkursordnung, Berlin 1901.

Schellhas, Die Konkurssachen, Berlin 1902.

Schiebler, Scheckgesetz, Leipzig 1908.

Schreiber, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers i. ZHR. Bd. 66, S. 349 ff.

Seuffert, Deutsches Konkursprozeßrecht, Leipzig 1899.

Sichermann, Widerruf und Scheckverlust, Kassa 1907.

Simonson, Der Scheck im Konkurse des Ausstellers i. Gruchot Bd. 50, S. 43 ff.

Staub, Handelsgesetzbuch, Berlin 1900.

Staudinger, Kommentar zum BGB., Berlin 1908.

Sydow-Busch, Konkursordnung, Berlin 1902.

v. Tuhr, Zur Lehre von der Anweisung i. Iherings Jahrb. Bd. 48, S. 1 ff.

Türcke, Niedenführ, Das bürgerliche Recht, Leipzig 1900.

Wieland, Die Ermächtigung zum Leistungsempfang i. Arch. f. ziv Pr., Bd. 45, S. 161 ff.

Willenbücher, Konkursordnung, Berlin 1909.

Wilmowski, Kurlbaum, Kühne, Deutsche Reichskonkursordnung, Berlin 1906.

Wolff, Konkursordnung, Berlin 1900.

Abkürzungen.

Arch. f. bürgerl. R. — Archiv für bürgerliches Recht, herausgegeben von Kohler-Ring.

Arch. f. civ. Pr. — Archiv für die civilistische Praxis.

Bankarch. — Bankarchiv, Zeitschrift für Bank und Börsenwesen.

Conrads J. — Jahrbücher für Nationalökonomie und Statistik, herausgegeben von Conrad.

DJZ. — Deutsche Juristenzeitung.

Gruchot — Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts. Begründet von Gruchot.

Holdh.W.S. — Holdheims Wochenschrift für Aktienrecht und Bankwesen.

Holdh. M. S. — Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen. Begründet von Holdheim.

Leipz. Ztschr. — Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht.

RGZ. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.

RGSt. — Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.

Sächs. Arch. — Sächsisches Archiv für Rechtspflege, herausgegeben von Lessing.

Schmollers J. — Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft für das deutsche Reich, herausgegeben von G. Schmoller.

Seuff. Bl. — Seufferts Blätter für Rechtsanwendung.

ZHR. — Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht, begründet von Goldschmidt.

Zeitschr. f. vgl. Rw. — Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, herausgegeben von Bernhöft, Cohn, Kohler.

A. Einleitung.

§ 1. Wirtschaftliche Bedeutung des Scheckverkehrs.

Als sich im Jahre 1907 eine erschreckende Geldknappheit in ganz Deutschland bemerkbar machte und der Reichsbankdiskont die bis dahin noch nie dagewesene Höhe von $7^1/_2$ % erreichte, wurde von verschiedenen Seiten darauf hingewiesen, daß der Scheck das geeignete Institut sei, dieser Geldknappheit in gewissen Grenzen abzuhelfen, und daß es daher erforderlich sei, den Scheckverkehr nach Möglichkeit zu heben. Dieser Hinweis war berechtigt, da der Scheck dafür geschaffen ist, die Barzahlung zu ersetzen. Um so mehr wird dieser Zweck erreicht, wenn der Scheck durch eine Reihe von Händen geht, und so durch jede einzelne Begebung die Hingabe baren Geldes erspart wird. Erst der letzte Nehmer läßt sich den Scheck in bar auszahlen. Hat dieser aber nun ein Konto bei einer Bank, so kann er den an ihn gelangten Scheck seinem Bankhause zur Gutschrift einreichen, so daß dann jede Bezahlung des Schecks in barem Gelde vermieden wird.[1])

Aber auch für den Scheckaussteller bietet der Scheckverkehr erhebliche Vorteile. Er ist nicht mehr genötigt, seine flüssigen Gelder zu Hause aufzubewahren, sondern er zahlt seine baren Geldbestände bei seiner Bank zur Gutschrift ein. Sobald er Zahlungen zu leisten hat, verfügt er über sein Guthaben mittels Schecks. Hierdurch erspart er sich die Mühe der Aufbewahrung und des Geldzählens und die Kosten bei einer eventuellen Versendung; auch ist er der Gefahr des Verzählens, des Diebstahls und der Zerstörung durch Feuer enthoben.[2]) Die Bank übernimmt für ihn die gesamte Kassenverwaltung, ohne ihm eine besondere Provision in Anrechnung zu bringen. Ja, sie vergütet ihm in der Regel noch Zinsen für das eingezahlte Geld, so daß für den Kunden noch ein Gewinn herausspringt. Der

[1]) S. Sattler i. Holdh. WS., I. S. 75; Hergenhahn daselbst S. 143.
[2]) Vgl. Conrad, Handb., S. 19; Lessing S. 11; Koch, Ueber Bedürfnis und Inhalt . . . S. 1; 3; in Vorträge und Aufsätze S. 190; ebenda S. 215.

Vorteil der Bank besteht darin, daß sie die bei ihr deponierten Gelder nutzbringend anlegen kann und zwar mit einem höheren Zinsgewinn, als sie dem Kunden gewährt, oder daß sie nur einen Teil des Guthabens zu Scheckzahlungen bereit hält, während der Kunde einen unangreifbaren Bestand stets auf Konto behalten muß.[3])[4])

Wenn aber die Kunden ihre flüssigen Geldmittel bei der Bank deponieren, ist es auf diese Weise möglich, daß sich in den Kassen der Bankinstitute große Summen baren Geldes ansammeln, die von seiten der Banken dann dem Handel, der Industrie, der Landwirtschaft und anderen Zweigen der Volkswirtschaft dienstbar gemacht werden können.[5]) Andererseits können die Banken durch die ihnen zur Verfügung stehenden Summen einen erheblichen Einfluß auf die Höhe des Diskontsatzes ausüben und somit zur Hebung des gesamten Geldmarktes beitragen.[6])

Die Einschränkung des Bargeldumlaufes kann aber in noch höherem Maße erreicht werden, wenn die einzelnen Bankinstitute, die den Scheckverkehr pflegen, unter sich eine Abrechnungsstelle einrichten, d. h. eine gemeinschaftliche Ausgleichstelle, bei der die einzelnen Forderungen und Schulden, die die verschiedenen Banken gegeneinander haben, aufgerechnet werden.[7]) Jede Bank reicht die auf die anderen am Abrechnungsverkehr beteiligten Banken gezogenen Schecks bei der Abrechnungsstelle ein. Diese stellt den Betrag fest, den eine Bank an die Abrechnungsstelle zu zahlen hat, damit die auf sie gezogenen Schecks eingelöst werden, abzüglich des Betrages, den sie selbst an Schecks zur Abrechnungsstelle eingereicht hat. Bei dieser Verrechnung kann für die einzelne Bank ein Ueberschuß bzw. eine Schuld herauskommen, die dann durch einen Scheck auf die Reichsbank, bei der die Beteiligten ein Konto unterhalten, ausgeglichen werden. Dieser Scheck wird dann der Reichsbank zur Gutschrift eingereicht. Auf diese Weise können von den einzelnen Banken eine ganze Reihe von Schecks eingelöst werden, ohne daß ein Pfennig bares Geld verwandt wird. Die wirtschaftlichen Vorteile dieser Einrichtung zeigen sich darin, daß

---

[3]) So z. B. die Reichsbank; s. Allgemeine Bestimmungen über den Geschäftsverkehr mit der Reichsbank, VIII; Ziffer 12.

[4]) Vgl. Canstein, Der Scheck, S. 25; 26; Buff, Scheckverkehr, S. 4.

[5]) Vgl. Canstein, Der Scheck, S. 26; Fick S. 20.

[6]) Conrad, Handb. S. 20; Heyn i. Bankarch., III, S. 107—110.

[7]) Vgl. hierüber im einzelnen: Fick S. 6 ff; S. 54; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 25—38; Hergenhahn i. Holdh. WS., I, S. 144; Hoffmann i. Bankarch., IV, S. 130; Koch, Vorträge und Aufsätze Ziff. 12, S. 252 ff, über die Entwicklung des sog. Clearinghouse-Systems.

die an der Abrechnungsstelle beteiligten Banken das Bargeld ihren Beständen nicht zu entnehmen brauchen, um die auf sie gezogenen Schecks zu honorieren. Das Bargeld wird daher nicht dem Verkehr entzogen und kann anderen produktiven Zwecken nutzbar gemacht werden.

Aus diesen Darlegungen erhellt zur Genüge, eine wie große wirtschaftliche Bedeutung ein möglichst ausgedehnter Scheckverkehr für den Geldmarkt und die finanzielle Lage eines Landes hat. Und diese Bedeutung wird umso größer, je weiter der Scheckverkehr in alle Klassen der Bevölkerung eindringt und je mehr er von ihnen gepflegt wird.

Da die Entwicklung des Scheckverkehrs auf das wirtschaftliche Gedeihen eines Landes einen erheblichen Einfluß auszuüben imstande ist, wird man auch bestrebt sein, einem so wichtigen Institut eine gesetzliche Unterlage zu schaffen, um seine rechtlichen Verhältnisse klar zu stellen und es dadurch im Verkehr mehr und mehr einzubürgern. Aus diesem Gesichtspunkte wurden Ende des 19. Jahrhunderts Stimmen laut, die eine gesetzliche Regelung des Schecks verlangten.[8]) Nach einem lebhaften Streit über die Notwendigkeit eines Scheckgesetzes war die Zahl derer, die sich für ein Scheckgesetz aussprachen, immer größer geworden und schließlich kam auch ein solches zustande, das am 11. März 1908 in Kraft trat.

Wenn auch das heute bestehende Scheckgesetz die wichtigsten Fragen des Scheckrechts erschöpfend geregelt hat, so hat es doch einige Rechtsverhältnisse, die den Scheck betreffen, garnicht erwähnt. Zu diesen letzteren gehört auch die Frage, wie der Scheck im Konkurse des Ausstellers zu behandeln ist. Die Begründung zum Scheckgesetz hebt auf Seite 29 hervor, daß kein

---

[8]) Zu den bedeutendsten Förderern des Scheckrechts gehören: Reichsbankpräsident Dr. Koch (i. Bankarch. 1907, Nr. 15); Cohn in seinen zahlreichen Schriften (z. B. Bankarch. 1907 S. 185; Conrads J. Bd. 33, S. 471; Zeitschr. f. vgl. Rw., Bd. XI, S. 381); Simonson i. Bankarch. 1907, Nr. 16; ferner i. Gruchot Bd. 50, S. 64; Riesser i. Leipz. Zeitschr., I, S. 81; i. Revision S. 242 f, ferner i. Bem. z vorl. Entw. S. 1; Hoppenstedt, Zum Scheckgesetz, S. 2; 2. Wort, S. 8/9; Bankdirektor Thorwart (als Referent auf dem 1. Allgem. Bankiertage in Frankfurt a/M. 1902); Buff, Scheckverkehr, S. 60/62; Canstein i. Holdh. WS., I, S. 66; Scheck, Wechsel und deren Deckung a. a. O. S. 206; 331; Breit i. Sächs. A., II, S. 488; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 151/152.

Gegen ein Scheckgesetz sprechen sich aus: Behrens zit. bei Riesser, Revision S. 240; Breit i. Seuff. Bl. 1908, S 81 und bei Lessing S. 2; Berliner Aeltesten Kollegium (in der Denkschrift der Aeltesten der Berliner Kaufmannschaft in Berlin 1906); Eltzbacher i. DJZ. 1907, S. 441 ff; Deutscher Handelstag 1879, s. Riesser, Revision S. 236.

Anlaß vorliege, für diesen Fall besondere Bestimmungen zu treffen, da die Vorschriften des bürgerlichen Rechts als ausreichend angesehen werden müßten. Da sich indessen hinsichtlich der Behandlung des Schecks im Konkurse des Ausstellers Schwierigkeiten ergeben können und in der Literatur über diese Frage Streitigkeiten bestehen, soll es im Folgenden unsere Aufgabe sein, die Rechtsverhältnisse des Schecks im Konkurse des Ausstellers zu beleuchten. Bevor wir jedoch des Näheren auf die Behandlung dieser Frage eingehen, müssen noch einige allgemeine Bemerkungen vorausgeschickt werden, die für die Beantwortung des gestellten Themas von Bedeutung sind.

B. Allgemeiner Teil.

§ 2. Die rechtliche Natur des Schecks.

Der Scheck, der durch das Gesetz geregelt ist, ist der sog. „weiße Scheck" der Reichsbank, der seinen Namen daher führt, daß er auf weißem Papier gedruckt ist.[1]) Ihm entsprechen in ihrer Form auch die von sämtlichen Banken ausgegebenen Schecks. Nicht dagegen fällt unter das Scheckgesetz der sog. „rote Scheck" der Reichsbank. Dieser bezweckt die Uebertragung einer Geldsumme vom Konto des Ausstellers auf das Konto eines anderen Girokunden, sei es an demselben oder einem anderen Bankplatze. Er unterscheidet sich wesentlich von dem Anweisungs-, dem „weißen" Scheck, da er auf den Namen ausgestellt werden muß, nicht übertragbar ist und meistens von dem Aussteller direkt an den Bezogenen d. h. die Reichsbank gegeben wird. Er begründet somit nur ein internes Verhältnis zwischen der Reichsbank und ihrem Kunden. Er charakterisiert sich als Umschreibungsauftrag an die Reichsbank, der auch brieflich erteilt werden könnte, enthält also lediglich die Aufforderung, dem Konto eines Girokunden der Reichsbank eine bestimmte Geldsumme gutzuschreiben und das Konto des Auftraggebers mit dieser Summe zu belasten.[2]) Wirtschaftlich allerdings erreicht er denselben Zweck wie der „weiße Scheck", indem er die Barzahlung zu ersetzen imstande ist.

In den weiteren Ausführungen wollen wir uns nur auf den „weißen Scheck" beschränken, also auf den Anweisungsscheck, mag er nun Zahlungs- oder Verrechnungsscheck, Platz- oder Distanzscheck, Order-, Inhaber- oder Rektascheck sein. Auf die Behandlung im Konkurse ist dies ohne Einfluß.

---

[1]) Die Anwendung und Bedeutung der grünen, blauen, gelben und braunen Schecks der Reichsbank hier zu behandeln erscheint unnötig, da sie nur den internen Einrichtungen der Reichsbank dienen und nur im Verkehr mit den Reichs- und Staatskassen mit ihren Generalkassen Verwendung finden. S. im einzelnen Conrad, Handb. S. 24.

[2]) Vgl. hierüber: Conrad Handb., S. 24 ff; ferner i. ZHR., Bd. 57, S. 52/53; Buff, Scheckgesetz, S. 23; Lessing S. 22 mit Literaturangaben; Kohl S. 14; Schiebler S. 4; Begründung S. 13.

Wenden wir uns der rechtlichen Natur des Schecks zu, so können wir mit der heute allgemein herrschenden Ansicht, die sowohl von der Theorie als auch Praxis vertreten wird, sagen, der Scheck ist eine besonders geartete Anweisung.[3]) Auch in der Begründung zum Scheckgesetz (S. 11) wird der Scheck als eine besondere Art der Anweisung angesehen. Vor dem Inkrafttreten des Scheckgesetzes waren die Ansichten in der Literatur über die rechtliche Natur des Schecks geteilt und es sind von verschiedenen Autoren Theorien über diese Frage aufgestellt worden. Auf diese werden wir an einer späteren Stelle noch zurückkommen und des Näheren darauf eingehen. Hier mag der Hinweis und eine Begründung genügen, daß der Scheck eine besondere Art der Anweisung ist.

Diese Ansicht läßt sich einmal stützen durch die Definition des Schecks, wie sie das Wechselstempelsteuergesetz vom 18. Juni 1869 in § 24 gibt. Ferner aber auch durch die Form, in der heute der Scheck ausgestellt wird, denn § 1 Ziff. 2 Sch.-G. verlangt die „Anweisung" des Ausstellers an den Bezogenen aus seinem Guthaben eine bestimmte Geldsumme zu zahlen. Wenn dieses Erfordernis auch nicht so streng gewahrt zu werden braucht, daß es nicht durch einen ähnlichen Ausdruck z. B. zahlen Sie, belieben Sie zu zahlen usw. ersetzt werden könnte, so verlangt der genannte Paragraph doch eine Aufforderung des Ausstellers an den Bezogenen. Durch diese Fassung wird darauf hingewiesen, daß der Scheck neben den Vorschriften des Scheckgesetzes auch den Bestimmungen des Anweisungsrechts unterworfen ist.[4]) Zwar sprach der Entwurf von 1892 von einer „Aufforderung" des Ausstellers an den Bezogenen und hat absichtlich, wie die Motive ausführen, den Ausdruck Anweisnng vermieden, um dadurch nicht anzudeuten, daß der Scheck eine besondere Abart der Anweisung sei; er wollte den Scheck als ein Rechtsgebilde sui generis regeln. Indessen hat man in dem späteren Ent-

---

[3]) So Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 11; 35; Fick S. 38; Jehle S. 3; Kohl S. 5; 13; Conrad, Handbuch., S. 58; Lessing S. 9; Klein i. DJZ. 1903, S. 37; Riesser i. Bankarch., VII, S. 135; Hoffmann i. Bankarch., IV, S. 131; Eltzbacher i. DJZ. 1907, S. 441; Kapp i. ZHR. Bd 30, S. 330; 366; Pavlicek i. ZHR., Bd. 61, S. 135; Simonson i. Bankarch., IV, S. 72; Holdh. WS., I, S. 112; Gruchot Bd. 50, S. 43; Breit i. ZHR., Bd. 64, S. 469; Holdh. MS, Bd. 17, S. 35; Sächs. Arch., II, S. 486; Seuff. Bl. 1908, S. 82; 672; Mittermaier i. ZHR., Bd. 10, S. 17; Birnbaum i. ZHR., Bd. 30, S. 10; Planck II, S. 866; Staudinger, II, S. 1305; Düringer-Hachenburg II, S. 592; RGZ. 44, S. 158; RGSt. 18, 155; Oertmann S. 871.

[4]) Vgl. Cohn i. ZHR., Bd. 61, S. 15; Conrad Handb., S. 58; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 35; Buff, Scheckgesetz, S. 22; Langen S. 11; Breit i. Holdh. MS., Bd. 17, S. 35.

wurf, veranlaßt durch eine Reihe von Erörterungen in der Literatur, diesen Gedanken fallen gelassen.[5]) Auch hinsichtlich seiner Verwendung entspricht der Scheck dem Institut der Anweisung. Ebenso wie bei der Anweisung der Anweisende will beim Scheck der Scheckaussteller durch Ausschreibung und Begebung des Schecks den Bezogenen veranlassen, an den Scheckinhaber die bestimmte Geldsumme zu zahlen. Auch enthält der Scheck wie die Anweisung zwei Ermächtigungen, einmal die Ermächtigung des Ausstellers an den Bezogenen, die Zahlung der Geldsumme zu bewirken (eine Pflicht zur Scheckeinlösung seitens des Bezogenen entsteht erst auf Grund des Scheckvertrages, s. u.) und ferner die Ermächtigung an den Scheckinhaber, sich den Scheckbetrag vom Bezogenen abzuholen. Wie bei der Anweisung so will auch beim Scheck der Aussteller die Leistung so angesehen wissen, als wenn er sie selbst bewirkt hätte; andererseits wird der Bezogene so betrachtet, als wenn er die Leistung direkt an den Aussteller bewirkt hätte. Aus welchem Grunde die Scheckbegebung vorgenommen ist, läßt sich ebensowenig wie bei der Anweisung ohne weiteres erkennen, so daß beide Rechtsgebilde abstrakter Natur sind, d. h. von dem ihnen zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis (der causa) losgelöst, ohne in ihrem Inhalte irgendwie Bezug auf dasselbe zu nehmen.

Aus diesen Darlegungen geht zur Genüge hervor, daß keine rechtlichen Bedenken entgegenstehen, dem Scheck die Rechtsnatur der Anweisung zuzusprechen, wenn auch das Scheckgesetz einige Abweichungen von dem Anweisungsrechte des BGB. gegeben hat, die mit dem inneren Wesen des Schecks nicht vereinbar waren, besonders im Hinblick auf eine größere Verkehrssicherheit des Schecks.

Demnach müssen wir für den Scheck, soweit nicht das Scheckgesetz besondere Bestimmungen getroffen hat, oder sich aus der Natur des Schecks etwas Anderes ergibt, neben den Bestimmungen des Scheckgesetzes die Vorschriften des BGB. §§ 783—792 und des HGB. §§ 363—365 ergänzend anwenden.

§ 3. Der Bankscheckvertrag.

Cohn, der zuerst auf die Existenz und den Abschluß des sog. Scheckvertrages hingewiesen hat, behauptet: „Kein Scheck

[5]) S. Hoppenstedt, 2. Wort, S. 26; Breit i. Sächs. A., II, S. 486 bis 487; Riesser i. Bankarch, VII, S. 54.

ohne Scheckvertrag". Er betrachtet also den Scheckvertrag als essentiale des Schecks, liegt ein solcher Vertrag nicht vor, so kann auch von einem gültigen Scheck nicht die Rede sein.

Doch bevor wir uns mit dieser Frage beschäftigen, müssen wir zunächst die andere prüfen, was versteht man denn überhaupt unter einem Bankscheckvertrage?

Wir haben im vorigen Paragraphen dargetan, daß der Scheck eine besondere Art der Anweisung ist. Aus der Anweisung wird aber der Bezogene nur ermächtigt, die angewiesene Summe an den Anweisungsempfänger zu zahlen. Selbst wenn der Angewiesene Schuldner des Anweisenden ist, ergibt sich daraus noch keine Pflicht des Angewiesenen, den Geldbetrag zu zahlen (§ 787 Abs. 2 BGB.). Ist aber der Angewiesene bei der Anweisung nicht zu zahlen verpflichtet, so ist er es auch beim Scheck an und für sich nicht, selbst wenn er genügende Deckung des Ausstellers in Händen hat. Der Bezogene könnte also jederzeit die Auszahlung des Scheckbetrages verweigern, und zwar nach seinem freien Ermessen. Aus einem solchen Verhalten würde aber für den Scheckinhaber eine große Unsicherheit entstehen, da es ja fraglich ist, ob er den Scheckbetrag ausbezahlt bekommt oder nicht; er würde sich in den meisten Fällen weigern, den Scheck überhaupt zu nehmen, sondern bare Bezahlung verlangen. Andererseits braucht der Bezogene sich nicht gefallen zu lassen, daß sein Gläubiger Schecks auf die Schuld, die der Bezogene bei ihm hat, ausstellt und dadurch der Bezogene seine Schuld in kleinen Beträgen tilgt. Es würde also eine große Benachteiligung des Bezogenen darin liegen, wenn er verpflichtet wäre, die auf ihn gezogenen Schecks ohne weiteres zu honorieren. Eine gesetzliche Honorierungspflicht kann für den Bezogenen nicht begründet werden. Ist es aber einmal für die Rechtssicherheit des Schecks, andererseits auch für das Ansehen des Bezogenen von großer Bedeutung, daß die auf ihn gezogenen Schecks auch eingelöst werden, so kann eine Pflicht zur Honorierung von Schecks nur durch Vertrag begründet werden. Dieser Vertrag ist eben der sog. Bankscheckvertrag, dessen Aufgabe es ist, eine Pflicht für den Bezogenen zu konstituieren, die auf ihn gezogenen Schecks einzulösen.[1]) Man könnte mithin den Scheckvertrag etwa definieren

[1]) Vgl. hierzu: Lessing S. 46; Birnbaum i. ZHR., Bd. 30, S. 6; Kapp i. ZHR., Bd. 30, S. 367; Breit i. ZHR., Bd. 64, S. 461; Cohn bei Endemann, III, S. 1148; Canstein, Der Scheck, S. 64; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 74; Fick S. 303; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 15; Conrad, Handb., S. 60; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw., Bd. III, S. 75; Hoffmann i. Bankarch., IV, S. 131; Eltzbacher i. DJZ. 1907, S. 441; O. Gierke i. Holtzendorff Enzyklopädie,

als denjenigen Vertrag, auf Grund dessen der eine Teil verpflichtet ist, unter gewissen Bedingungen Schecks, die der andere Teil auf ihn zieht, einzulösen.

Haben wir somit den Inhalt des Scheckvertrages festgelegt, können wir uns jetzt der oben angedeuteten Frage zuwenden, ob der Scheckvertrag als essentiale des Schecks angesehen werden muß. Hinsichtlich dieser Frage herrschte vor Schaffung des Scheckgesetzes lebhafter Streit. Cohn[2]) hatte den Satz aufgestellt „Kein Scheck ohne Scheckvertrag". Er bezeichnet den Scheck als eine „qualifizierte Anweisung", deren Qualifikation in dem „Erfordernis der vertragsmäßigen Ermächtigung des Ausstellers seitens des Bezogenen zur Ausstellung von Schecks" zu suchen ist.[3]) Diese Theorie hat vielfach Anhänger gefunden, so z. B. Koch[4]), Moltmann[5]), Kuhlenbeck[6]), Düringer und Hachenburg[7]), Riesser[8]), Hoffmann[9]), Conrad[10]), Fürst[11]) u. a. Aber auch gegen die Cohnsche Theorie wurden in der Literatur Stimmen laut. So wendet sich vor allem Lehmann[12]) gegen Cohn, indem er das Vorhandensein eines Scheckvertrages als für den Scheck unwesentlich bezeichnet. Er führt dazu aus:

I, S. 990; Merzbacher S. 14; Simonson i. Holdh. WS., I, S. 113; Breit im Seuff. Bl. 1908, S. 123; derselbe i. Rechte und Pflichten S. 8; Düringer und Hachenburg, II, S. 605; Koch, Vorträge und Aufsätze, S. 146; RGSt. Bd. 18, S. 157.

Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 457 ff, sieht den Scheckvertrag als einen Teil des Girovertrages an d. h. desjenigen Vertrages, der den Girokunden in die Lage versetzt, an der bankmäßigen Zahlungsorganisation teilnehmen zu können, während er die Bank verpflichtet, die verschiedenen Transaktionen des Kunden im Giroverkehr auszuführen. Breit sagt S. 459, daß es theoretisch denkbar wäre, daß ein Scheckvertrag auch selbständig, also ohne Verbindung mit einem Girovertrage vorkommen kann, daß also ein Schuldner seinem Gläubiger die Befugnis einräumt, seine Zahlungen durch Ausstellung von Schecks zu begleichen, jedenfalls sei aber der „reine" Scheckverkehr in der Praxis verschwindend gering. In den folgenden Betrachtungen wollen wir uns indessen auf den Begriff des Scheckvertrages beschränken, da für uns ja allein die Einlösungspflicht von Schecks seitens des Bezogenen in Frage kommt.

[2]) S. bei Endemann, III, S. 1144.

[3]) Bei Endemann, III, S. 1147; ferner i. Zeitschr. f. vgl. Rw., I, S. 455, 463.

[4]) Vorträge und Aufsätze S. 202.

[5]) Entwurf eines Scheckgesetzes S. 302, (Zeitsch. f. vgl. Rw., XVII, S. 281 ff.)

[6]) Der Scheck, S. 83.

[7]) HGB., II, S. 592.

[8]) Zur Revision des HGB. S. 270.

[9]) Bankarch., IV, S. 131.

[10]) ZHR. Bd. 57, S. 69.

[11]) Leipz. Zeitschr., II, S. 410.

[12]) HGB. S. 794. (zit. bei Cohn ZHR. Bd. 61, S. 31).

„Schecks ohne Scheckvertrag kommen praktisch nicht vor, allein es wäre irrig, den Scheckvertrag als wesentliches Erfordernis des Schecks hinzustellen. Denn so gut es denkbar ist, daß trotz Nichtigkeit oder nach Auflösung des Scheckvertrages Schecks gezogen werden, so sind die internen Vereinbarungen zwischen Aussteller und Bezogenem für das Wesen des Schecks bedeutungslos. Weder kann der Anweisungsempfänger aus dem Scheckvertrage Rechte für sich herleiten, noch werden die Beziehungen des Ausstellers zum Anweisungsempfänger durch den Scheckvertrag beeinflußt."[13])

Nachdem das Scheckgesetz in Kraft getreten ist, kann der Streit darüber, ob der Scheckvertrag als essentiale des Schecks angesehen werden muß oder nicht, als beigelegt betrachtet werden. Wäre der Scheckvertrag wesentliches Erfordernis für die Gültigkeit des Schecks, so wäre er im § 1 Sch.-G. unter den wesentlichen Bestandteilen des Schecks erwähnt; da er dort aber fehlt, ist er auch dem Scheck nicht wesentlich. Allerdings verlangt § 1 Ziff. 2 für den Scheck die sog. Guthabenklausel, indem er sagt: „Der Scheck muß enthalten die an den Bezogenen gerichtete Anweisung des Ausstellers *aus seinem Guthaben* eine bestimmte Geldsumme zu zahlen". Der Begriff des Guthabens wird im § 3 dahin definiert, daß als Guthaben der Betrag anzusehen ist, bis zu welchem der Bezogene nach dem zwischen ihm und dem Aussteller bestehenden Rechtsverhältnisse Schecks einzulösen verpflichtet ist. Es verlangt also das Gesetz für den Begriff des Guthabens das Bestehen eines Rechtsverhältnisses, auf Grund dessen der Bezogene verpflichtet ist, die auf ihn gezogenen Schecks einzulösen. Wie wir oben dargetan haben, ist dies der Scheckvertrag. Wir würden somit also doch zu dem Ergebnis kommen, daß auch das Scheckgesetz den Scheckvertrag für den rechtlichen Bestand des Schecks für notwendig erachtet. Diese Deduktion ist hingegen nicht zutreffend. Der Scheckvertrag im Sinne des § 3 konstituiert zwar die Pflicht des Bezogenen, Schecks des Ausstellers einzulösen und begrenzt das Guthaben, d. h. er setzt fest, bis zu welcher Höhe der Aussteller Schecks auf den Bezogenen ziehen darf, er verwandelt also das allgemeine Bankguthaben in das sog. Scheckguthaben. Auf dieses soll in der

---

[13]) Gegen die Ansicht Cohns wenden sich ferner: Breit i. Seuff. Bl. 1908, S. 123; Fick S. 302 ff; Breit i. ZHR. Bd 64, S. 453 ff; Holdh. WS., I, S. 113; Holdh. MS. 16 S. 278; Buschs A. 1887 S 35; Schmollers J. Bd. 16, Heft 4, S. 50; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 366; Canstein i. Holdh. WS., l, S 63, 81; Der Scheck, S. 63; ZHR. Bd. 60, S. 166; Langen S. 15 ff; Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 7.

Scheckurkunde Bezug genommen werden durch die Guthabenklausel. Diese ist für den Scheck aber nur insoweit formelles Erfordernis, als sie wörtlich in dem Scheck enthalten sein muß, und bezweckt, den Aussteller darauf hinzuweisen, daß er sich vergegenwärtigen soll, ob er auch ein Guthaben in der Höhe des ausgestellten Schecks unterhält. Ist aber ein Guthaben im Sinne des § 3 auch nicht vorhanden, so ändert das an dem rechtlichen Bestande des Schecks nichts, wenn er nur die übrigen formalen Erfordernisse des § 1 enthält. Ist aber ein tatsächliches Guthaben für den Scheck nicht erforderlich, so kann auch nicht davon gesprochen werden, daß der Scheckvertrag ein essentiale des Schecks sei.[14])

Wenn in der Theorie auch solche Schecks ohne Scheckvertrag denkbar sind und als rechtsgültige Schecks angesehen werden müssen, so wird in der Praxis ein solcher Fall doch höchst selten vorkommen. Man kann wohl sagen, daß es die Regel ist, daß ein solcher Vertrag abgeschlossen wird. Als Kontrahenten dieses Vertrages werden in der Regel eine Bank und ihr Kunde auftreten. Es würde allerdings an der Rechtsgültigkeit des Schecks als solchen nichts geändert werden, wenn sich ein Privatmann einem anderen gegenüber verpflichten würde, die auf ihn gezogenen Schecks einzulösen, denn, wenn auch § 2 Sch.-G. diejenigen aufzählt, die als Scheckbezogene auftreten können, so ist diese Bestimmung nur eine Ordnungsvorschrift, wie aus dem Worte „sollen" im Anfang hervorgeht; ein Scheck, der auf einen anderen als die im § 2 genannten Bezogenen ausgestellt ist, würde dennoch ein rechtsgültiger Scheck bleiben.[15])

Hinsichtlich des Zustandekommens des Scheckvertrages ist zu sagen, daß er an keine Form geknüpft ist, da das Scheckgesetz eine solche nicht vorschreibt. In der Regel wird der Vertrag so geschlossen, daß der Kunde bei der Bank die Eröffnung des Scheckverkehrs beantragt; die Bank nimmt diesen Antrag an, indem sie sich damit einverstanden erklärt. Entweder händigt die Bank dem Kunden dann die Bestimmungen über den Scheckverkehr aus, von denen sie ein Exemplar mit der

---

[14]) Vgl. hierzu im einzelnen: Conrad, Handb., S. 33, 110; Lessing S. 23/24, 46; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 37; Schiebler S. 5, 12; Jehle S. 5, 17/18; Begründung S. 16, 19.

Unrichtig: Buff, Scheckgesetz, S. 37, der der Ansicht ist, daß das Gesetz die Notwendigkeit eines Scheckvertrages anerkennt, sagt er doch selbst auf derselben Seite: „Das Vorhandensein des Guthabens selbst ist übrigens nach § 3 kein wesentliches Erfordernis des Schecks."

[15]) S. Lessing S. 53; Merzbacher S. 9; Apt S. 34; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 18; Begründung S. 18.

Unterschrift des Kunden versehen für sich zurückbehält, oder sie vereinbart mündlich mit ihm die Bestimmungen über den Scheckverkehr. Es ist natürlich nicht erforderlich, daß die Willenserklärungen ausdrücklich abgegeben werden, ja selbst konkludente Handlungen können für den Abschluß des Scheckvertrages genügen. Wenn z. B. gar keine Bestimmungen für den Scheckverkehr vereinbart sind, so kann man schon aus der Hingabe und Annahme des Scheckbuches, das eine Reihe (meistens 25 oder 50) vorgedruckter Scheckformulare enthält, auf den Willen der Parteien schließen, daß sie miteinander in Scheckverkehr treten wollen und daraus den Abschluß des Scheckvertrages präsumieren. In der Regel sind dem Scheckbuche die Bestimmungen der Bank aufgedruckt, so daß sich der Kunde ihnen stillschweigend durch Annahme des Scheckbuches unterwirft, wenn er nicht abweichende Bestimmungen mit der Bank trifft.[16]) Auch könnte man gemäß § 362 HGB. aus dem Schweigen der Bank auf einen ihr zugegangenen Antrag um Eröffnung eines Scheckkontos auf Abschluß des Scheckvertrages schließen.[17]) Es ist auch nicht erforderlich, daß der Scheckvertrag zwischen Aussteller und Bezogenem abgeschlossen wird, sondern auch ein dritter kann mit dem Bankier den Vertrag abschließen, so daß der spätere Scheckaussteller aus diesem Vertrage berechtigt wird, Schecks auf den Bezogenen zu ziehen. Man denke nur an den Fall, daß jemand einem anderen bei der Bank Kredit eröffnet oder ihm in Schenkungsabsicht ein Konto eröffnet mit der Bestimmung, daß der dritte mittels Schecks darüber verfügen kann.

In den weitaus meisten Fällen pflegt der Scheckvertrag nicht selbständig abgeschlossen zu werden, sondern in Verbindung mit einem anderen Vertrage. Wie wir oben bereits erwähnt haben, ist unter dem Guthaben der Betrag zu verstehen, bis zu welchem der Bezogene nach dem Scheckvertrage Schecks einzulösen verpflichtet ist. Es braucht also das allgemeine Bankguthaben nicht mit dem Betrage identisch zu sein, bis zu welchem der Bezogene Schecks einzulösen verpflichtet ist, dem sog. Scheckguthaben. Es würde dies demnach der Betrag sein, über den der Scheckaussteller mittels Schecks verfügen kann. Um das Guthaben zu schaffen, kann der Kunde bares Geld bei der

[16]) S. Conrad i. ZHR. Bd. 57, S. 76; i. Handb. S. 111; Lessing S. 49; Canstein, Der Scheck, S. 63; Fick S. 309; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 380; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. I, S. 455; III, S. 77; Hoffmann i. Bankarch., IV, S. 131; Eltzbacher i. DJZ. 1907, S. 441; Breit, Rechte und Pflichten . . ., S. 8; Cohn bei Endemann, III, S. 1149.

[17]) Conrad, Handb., S. 111; i. ZHR. Bd 57, S. 76.

Bank eingezahlt haben, auch kann ein dritter zu Gunsten des späteren Scheckausstellers einen Betrag bei der Bank deponieren. Auch kann der Kunde der Bank Wertpapiere übergeben, die diese für ihn verkaufen soll, um aus dem Erlöse seine Schecks einzulösen; oder er diskontiert bei ihr Wechsel, deren Gegenwert ihm auf Konto gutgeschrieben wird. Wir sehen also, daß der Kunde auf jede Weise ein verfügbares bares Guthaben erlangen kann. Aber wie die Begründung S. 19 hervorhebt, ist es nicht erforderlich, daß der Kunde ein bares Guthaben bei der Bank hat. Als Guthaben im Sinne des § 3 muß es auch angesehen werden, wenn der Bezogene dem Kunden Kredit gewährt, sei es, daß der Kunde Effekten, Hypothekenbriefe oder andere Wertgegenstände hinterlegt, wogegen ihm die Bank einen Kredit in bestimmter Höhe einräumt, sei es, daß die Bank ihm ohne irgend welche Sicherheit einen Blankokredit eröffnet. Das Guthaben wird stets schwanken, je nach der Höhe der ausgestellten Schecks und der Einzahlungen, die der Kunde an die Bank bewirkt.

Neben der Schaffung eines solchen Guthabens wird in der Regel der Scheckvertrag geschlossen, so daß als Grundgeschäft desselben ein depositum irregulare (wohl selten ein reines depositum) oder ein Krediteröffnungsvertrag in Frage kommen würde. In den seltensten Fällen wird der Scheckvertrag ohne ein solches Grundgeschäft abgeschlossen werden.[18])

Zu erwähnen wäre noch, daß im Scheckvertrage neben der Begründung der Pflicht des Bezogenen, die Schecks des Ausstellers einzulösen, noch andere Nebenabreden zwischen der Bank und dem Kunden getroffen werden können. Hier wäre zu nennen: die dem Kunden auferlegte Pflicht, nur Formularschecks zu verwenden; ferner, daß der Kunde verpflichtet sei, der Bank den Verlust des Scheckbuches oder eines einzelnen Formulars umgehend mitzuteilen, andernfalls der Kunde den Schaden zu tragen hat, der daraus entsteht, daß infolge des Verlustes des Buches oder eines Formulars eine Geldsumme an einen Nichtberechtigten bezahlt wird; daß der Kunde unbrauchbar gewordene Formulare der Bank zurückzugeben hat; daß die Bank wohl berechtigt, aber nicht verpflichtet ist, die Echtheit und Gültigkeit der Unterschrift des Schecks zu prüfen und Aehnliches. Sehr oft vereinbart die Bank mit ihrem

[18]) Vgl. Merzbacher S. 15; Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 6; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 377; Cohn bei Endemann, III, S. 1148; i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. III, S. 78/79; Conrad i. ZHR. Bd. 57, S. 71/74; Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 460; Canstein, Der Scheck, S. 60; Fick S. 308; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 175 ff; Scheckgesetz, S. 15.

Kunden auch, daß er über einen Teil seines Guthabens nicht verfügen darf, sondern ihn dauernd als unangreifbare Reserve auf seinem Konto halten muß.[19])

Ob auch eine Vereinbarung hinsichtlich der Beachtung des Widerrufs des Schecks seitens der Bank zulässig ist, kann im Hinblick auf § 13 Abs. 3 Sch.-G. zweifelhaft erscheinen. Wir werden diese Frage indessen an einer späteren Stelle noch eingehend erörtern.

Wenden wir uns nun der rechtlichen Natur des Scheckvertrages zu.

Cohn,[20]) der als erster auf das Institut des Scheckvertrages hingewiesen hat, meint, denselben als einen eigentümlichen Vollmachtsvertrag zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen konstruieren zu müssen: der eine Kontrahent, die Bank, ermächtige den anderen (den Kunden) nach Maßgabe besonderer Instruktionen Schecks auszustellen, welche der Vollmachtgeber einzulösen verpflichtet ist. Diese Konstruktion erscheint jedoch nicht zutreffend. Cohn selbst erblickt die spezifische Eigentümlichkeit dieser Vollmacht darin, daß sie im eigenen Interesse des Bevollmächtigten erteilt werde. Gegen diese Theorie weist Birnbaum[21]) mit Recht darauf hin, daß sie das ganze Verhältnis auf den Kopf stelle. Denn an Stelle des Ausstellers dränge sie den Bezogenen in den Mittelpunkt und lasse ihn eine Erklärung abgeben, an die keiner von beiden denke. Als Bevollmächtigter des Bezogenen gibt der Aussteller seine Erklärung nicht im eigenen Namen, sondern im Namen seines Vollmachtgebers als dessen Vertreter ab, denn Vollmacht ist nach § 166 BGB. die durch Rechtsgeschäft erteilte Vertretungsmacht. Der Aussteller würde demnach nicht in seinem Namen, sondern im Namen des Bezogenen diesen zur Leistung einer Zahlung auf-

---

[19]) Vgl. hierzu die Bestimmungen der Reichsbank.

Eine Reihe von Banken hat die Bestimmungen für den Scheckverkehr ihren Scheckbüchern aufgedruckt. Durch Annahme des Scheckbuches würde sich dann der Kunde diesen Bedingungen stillschweigend unterwerfen. So z. B. die Deutsche Nationalbank, Bremen, deren Scheckbücher folgenden Aufdruck tragen:

a) Das Quittungsbuch ist sorgfältig aufzubewahren, und jeder Verlust desselben uns sofort anzuzeigen, um Zahlungen an einen Unberechtigten zu verhindern.

b) Umgeänderte Quittungen werden nicht bezahlt.

c) Unbrauchbar gewordene Formulare sind gleich unbenutzt gebliebenen an uns zurückzuliefern.

d) Alle Folgen und Nachteile des Zuwiderhandelns (a—c) trägt der Kontoinhaber.

[20]) i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. III, S. 81.

[21]) i. ZHR. Bd. 30, S. 8.

fordern. Diese Auffassung ist aber unhaltbar, denn wer wollte wohl über sein eigenes Guthaben nicht in eigenem, sondern in fremdem Namen verfügen wollen.[22])

Andere Autoren sehen in dem Scheckvertrag einen Vertrag zu Gunsten Dritter.[23]) Diese Theorie geht darauf hinaus, daß aus dem Scheckvertrage ein unbestimmter Dritter, der zukünftige Schecknehmer, welcher im Einzelfalle durch die Scheckbegebung bestimmt wird, unmittelbar berechtigt wird. Der Vertrag würde also unter die Bestimmungen des BGB. § 328 ff. fallen. Die Bedenken, die sich gegen diese Theorie erheben, sind folgende: Ob in dem Versprechen der Leistung an einen dritten ein unmittelbares Recht für diesen begründet sein soll, ob ferner das einmal entstandene Recht des dritten ein selbständiges, von der Disposition der Parteien unabhängiges sein soll, bemißt sich gemäß § 328 BGB. mangels besonderer Vereinbarung der Parteien nach den Umständen, insbesondere nach dem Zwecke des Vertrages. Ausdrücklich wird nun in dem Scheckvertrage lediglich dem künftigen Scheckaussteller das Recht eingeräumt, von der Bank die Honorierung der vertragsmäßig gezogenen Schecks zu verlangen. Da sich also aus einer ausdrücklichen Vereinbarung der Parteien ein unmittelbares Recht des Schecknehmers nicht herleiten läßt, wäre nur noch die Frage zu prüfen, ob ein solches Recht aus den Umständen, insbesondere aus dem Zweck des Vertrages zu entnehmen ist. Diese Frage ist indessen zu verneinen, denn die Parteien schließen den Vertrag lediglich in ihrem eigenen Interesse.[24]) Die Bank zieht ihren Nutzen daraus, daß sie das Depot des Kunden verwerten kann und, falls sie ihm einen Kredit eingeräumt hat, daß sie für die entliehene Summe Zinsen beanspruchen kann; der Kunde andererseits schafft sich auf diese Weise eine Zahlungsmodalität, durch die er seine Zahlungen bequem bewirken kann, ja er erhält meistens noch eine Zinsvergütung. Es fehlt somit an jedem Anhaltspunkt für eine Absicht der Kontrahenten, dem künftigen Schecknehmer ein selbständiges Recht zu verschaffen. Ferner ist aber zur Zeit des Abschlusses des Vertrages weder die Höhe der Leistung noch die Person desjenigen, an den die Leistung erfolgen soll, bestimmt. Ja, diese Theorie widerspricht

---

[22]) Vgl. hierzu: Canstein i. Holdh. WS., I, 63; i. ZHR. Bd. 60, S. 206 ff; Hanausek S. 23; Kapp ZHR. Bd. 30, S. 366; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 17; Der Scheck S. 122; Pavlicek, Der Scheck, S. 88; Simonson i. Bankarch., IV, S. 72.

[23]) Hellwig S. 101; Moltmann i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. 17, S. 299, Bankarch. 1904, S. 25; Eltzbacher i. DJZ. 1907, S. 444 ff.

[24]) Aehnlich auch Pavlicek, Der Scheck, S. 94.

auch direkt dem wirklichen Willen der Parteien, denn die Bank übernimmt die Honorierungspflicht nur gegenüber ihren Kunden, nicht aber gegenüber jedem Schecknehmer; dieser kann, falls die Bank die Einlösung des Schecks ablehnt, gegen sie gar keine Ansprüche geltend machen, sondern kann sich nur an den Aussteller oder seine Vormänner halten.

Andere Autoren[25]) sehen in dem Scheckvertrage einen Auftrag im Sinne des bürgerlichen Rechts.[26]) Jedoch ist m. E. eine solche Auffassung nicht zu halten, da der Scheckvertrag ein entgeltlicher Vertrag ist. Das Entgelt, wenn auch nicht ausdrücklich vereinbart, besteht für die Tätigkeit der Bank darin, daß der Gewinn, den die Bank durch die vorteilhafte Anlegung des eingezahlten Kapitals aus diesem zu ziehen in der Lage ist, ihr ganz oder jedenfalls zum größten Teil zu gute kommt, da ja das Guthaben ihr zinsfrei oder nur gegen eine geringe Zinsvergütung überlassen wird. Hat die Bank dem Kunden einen Kredit eingeräumt, so besteht das Entgelt in der Provision, die sie dem Kunden auf Konto berechnet.

Haben wir somit festgestellt, daß der Scheckvertrag nicht unentgeltlich abgeschlossen wird, so können wir ihn nur als Dienstvertrag konstruieren. Die Bank übernimmt für den Kunden Dienste, indem sie für ihn die Zahlungen gegen die auf sie gezogenen Schecks bewirkt. Daß derartige Dienste unter den Begriff des Dienstvertrages fallen, kann wohl kaum Bedenken unterliegen (§ 611 Abs. 2 BGB.). M. E. ist der Scheckvertrag unter den § 675 BGB. zu subsumieren, er ist ein Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat.[27]) Es ist nur noch die Frage zu prüfen, ob die Tätigkeit der Bank unter den Begriff der Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 fällt. Einige Autoren z. B. Staub[28]) und Planck[29]) fassen diesen Begriff sehr eng und wollen darunter nur die Besorgung von Rechtsgeschäften verstanden wissen. Nach Staub[30]) sind Dienste rein tatsächlicher Art auszuscheiden. Von den meisten Autoren wird

---

[25]) Dernburg, II, 2 S. 223; Hoffmann i. Bankarch., IV, S. 134.

[26]) Aehnlich auch Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 368 ff. Er sieht den Scheckvertrag als eine Kombination von mutuum und mandatum an, als eine Art von Depositengeschäft, das er „Kassenverwaltungsgeschäft" nennt.

[27]) So auch Fürst i. Leipz. Ztschr., II, S. 410; Herzfeld ebenda S. 438; Conrad, Handb S. 111; Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 481; (A. A. i. Holdh. MS. 16, S. 278); Schreiber i. ZHR. Bd. 66, S. 359; Kohl S. 26; Düringer-Hachenburg, II, S. 604.

[28]) S. Anm. 2 zu § 362, S. 1149.

[29]) S. Anm. 2 zu § 675, S. 675.

[30]) S. S. 1149.

jedoch der Begriff weiter gefaßt. Oertmann[31]) versteht z. B. alle Dienste darunter, die als solche für den Dienstberechtigten von wirtschaftlicher Bedeutung sind und bei denen zugleich auch dem Dienstpflichtigen die Besorgung eines Geschäfts, nicht nur eine unselbständige Hilfsleistung dabei überlassen wird. Schließt man sich dieser Auffassung an, so kann es keinem Zweifel unterliegen, daß die Tätigkeit der Bank als eine Geschäftsbesorgung im Sinne des § 675 BGB. anzusehen ist.

Demnach bleibt der Scheckvertrag seinem rechtlichen Wesen nach ein Dienstvertrag, nur mit der Eigentümlichkeit, daß auf ihn neben den Vorschriften über den Dienstvertrag auch die im § 675 bezeichneten Vorschriften über den Auftrag Anwendung finden, also mit Ausnahme der §§ 664 und 671 Abs. 1.

Daß man den Scheckvertrag als Werkvertrag konstruieren könnte, erscheint mir wenig einleuchtend. Diese Ansicht wird wohl nur von Klein vertreten.[32]) Durch den Werkvertrag verpflichtet sich der Unternehmer zur Herstellung eines Erfolges, durch den Dienstvertrag wird eine Arbeitsleistung versprochen. Worin die Herbeiführung eines Erfolges bei der Tätigkeit der Bank zu erblicken sei, ist nicht klar. Die Bank übt durch die Bezahlung von Schecks ausschließlich Dienstleistungen für den Kunden aus und nichts weiter. Diese Ansicht könnte auch durch die geschichtliche Entwicklung des Scheckwesens gestützt werden.[33])

---

[31]) Anm. 1b zu § 675 BGB. S. 712/713. Im wesentlichen hiermit übereinstimmend Komm. RGR. Vorbem. 2 vor § 662; Jaeger Anm. 10 zu § 22; Neumann S. 302.

[32]) i. ZHR. Bd. 55, S. 181 ff. Klein spricht in seiner Abhandlung zwar vom Girovertrag, dieser ist aber nur der allgemeinere Vertrag, der Scheckvertrag pflegt in ihm enthalten zu sein. (Vgl. Breit i. ZHR. Bd. 64.)

[33]) Der Vollständigkeit wegen mag noch erwähnt werden, daß man auch den Scheckvertrag als Darlehn oder depositum hat konstruieren wollen. (Fick S. 308.)

Die Unrichtigkeit dieser Konstruktion ergibt sich aber aus der Erwägung, daß der Scheckvertrag, wenn er auch mit einem Darlehn oder depositum in enger Beziehung steht, doch immer ein selbständiger Vertrag bleibt, der, ohne in diesen Verträgen aufzugehen, neben ihnen besteht. Wenn auch der Scheckvertrag erlischt, z. B. durch Kündigung seitens eines Kontrahenten, braucht noch lange nicht das depositum oder Darlehn seinen rechtl. Bestand zu ändern, sondern sie können ruhig weiter bestehen.

Einige Autoren stellen den Scheckvertrag als Vertrag sui generis hin. (ZHR. Bd. 48, S. 313/314; Merzbacher S. 14; Conrad i. ZHR. Bd. 57, S. 75; der jedoch in seinem Handb. S. 111 seine Ansicht dahin geändert hat, daß es ein Dienstvertrag im Sinne des § 675 BGB. sei; Breit i. Holdh. MS. 16, S. 278; ähnlich Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 84.). Er lasse sich also keiner besonderen Vertragsart, die das

C. Besonderer Teil.
Die Rechtsverhältnisse, die sich im Konkurse des Ausstellers ergeben.

§ 4. Die Rechtsstellung des Scheckinhabers. (Aussonderungsrecht).

Wir haben bereits nachzuweisen versucht, daß der Scheck eine besondere Art der Anweisung ist, haben indessen schon erwähnt, daß diese Ansicht nicht die einzige ist, die in der Literatur vertreten wird. Es sind Theorien über die rechtliche Natur des Schecks aufgestellt, die wir hier eingehend erörtern wollen, um festzustellen, ob etwa der Scheckinhaber ein Aussonderungsrecht an dem Guthaben des in Konkurs geratenen Scheckausstellers geltend machen kann, bzw. welche Rechte ihm zustehen.

Von diesen Theorien wäre zunächst zu erwähnen die sog. Eigentumstheorie.[1])

Sie sieht in der Scheckbegebung die Uebertragung der beim Bezogenen vorhandenen Deckung des Ausstellers oder eines Teiles derselben an den Scheckempfänger. Der Scheknehmer erhält also im Augenblick der Begebung nicht nur ein selbständiges Forderungsrecht gegen den Bezogenen, sondern einen dinglichen Anspruch, nämlich das Eigentum an der beim Bezogenen vorhandenen Deckung, so daß er gegen den Bezogenen mit der Eigentumsklage auf Auszahlung des Scheckbetrages vorgehen kann. Der Scheck wäre danach also Traditionspapier d. h. eine Urkunde, durch deren Uebertragung die körperliche

BGB. geregelt hat, unterordnen. Doch weshalb soll man ihn nicht unter den § 675 subsumieren, da er doch, wie dargetan, diesen Bestimmungen genügt. M. E. ist diese Ansicht die am meisten einleuchtende.

[1]) Vgl. hierzu: Pavlicek, Der Scheck, S. 92; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. III, S. 97 ff; Mittermaier i. ZHR. Bd. 10, S. 10 ff; Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 9; Koch, Giroverkehr i. Vorträge und Aufsätze S. 178; die sich gegen die Theorie wenden.

Uebergabe der zu veräußernden Gegenstände ersetzt wird (wie z. B. beim Konnossement und Lagerschein). Nach dieser Theorie würde also im Falle des Konkurses des Ausstellers der Scheckinhaber gar nicht betroffen werden, er würde seinen dinglichen Anspruch als Aussonderungsrecht geltend machen können, denn er hat das Eigentum an der Deckung erlangt, diese gehört also nicht mehr dem Gemeinschuldner und infolgedessen auch nicht mehr zur Konkursmasse, kann also gemäß § 43 K. O. von ihm ausgesondert werden.

Diese Theorie muß aber als unhaltbar abgelehnt werden und zwar aus folgenden Gründen:

Wie wir oben nachgewiesen haben, ist es für den rechtlichen Bestand des Schecks nicht erforderlich, daß überhaupt ein wirkliches Guthaben beim Bezogenen vorhanden ist. Ist dieses aber nicht nötig, so kann auch natürlich von einer Eigentumsübertragung der Deckung in Höhe des Scheckbetrages keine Rede sein. Aber selbst wenn ein Guthaben beim Bezogenen vorhanden ist, läßt sich die Theorie nicht aufrecht erhalten. Besteht nämlich das Guthaben in barem Gelde des Ausstellers, so wird es sich regelmäßig als depositum irregulare evtl. als Darlehn rechtlich darstellen. In jedem Falle geht also das vom Scheckaussteller beim Bezogenen eingezahlte Geld in das Eigentum des Bezogenen über, der Kunde der Bank hat nur einen obligatorischen Anspruch auf Rückgabe des Geldes. Ist er aber nicht mehr Eigentümer des Geldes, so kann er auch das Eigentum an der Deckung durch die Scheckbegebung nicht auf einen anderen übertragen. Beruht aber das Scheckguthaben auf einem Krediteröffnungsvertrage des Ausstellers mit dem Bezogenen, so hat der Kunde lediglich einen obligatorischen Anspruch gegen den Bezogenen auf Gewährung des ihm versprochenen Kredits; solange der Kredit nicht gewährt wird, kann von einem Eigentum des Ausstellers an den betreffenden Werten und somit auch von einer Uebertragung desselben an eine dritte Person nicht gesprochen werden. Der einzige Fall, wo Uebertragung des Eigentums an dem in den Händen des Bezogenen befindlichen Scheckbetrage möglich ist, wäre der, daß der Kunde bei der Bank ein reguläres depositum von barem Gelde hält, er also Eigentümer desselben bleibt und daher durch die Scheckbegebung das Eigentum an der Deckung auf einen Dritten übertragen kann. Und läge die Ausnahme vor, so würde Eigentum auch dann nur übergehen, wenn die Parteien das wollten. Die Ausnahme beschränkt sich dadurch noch mehr. Denn man wird nicht zu behaupten vermögen, daß der Wille der Parteien stets auf Eigentumsübertragung gerichtet sei.

Wenn nun dieser Fall auch theoretisch denkbar ist, so bildet er in praxi doch eine solche Ausnahme, daß man aus einer solchen Seltenheit eine Theorie für die Rechtsnatur des Schecks nicht ableiten kann. Jedoch hat diese Theorie in Frankreich und Holland zahlreiche Anhänger gefunden.[2])

Ein ähnlicher Gedanke liegt der von v. Canstein[3]) mit großem Nachdruck und immer wieder aufs Neue verfochtenen Zessionstheorie zu Grunde. Sie erblickt in der Scheckbegebung eine Zession des Forderungsrechtes, welches dem Aussteller gegen den Bezogenen zusteht; in dem Augenblick, wo der Scheck an den Scheckinhaber begeben wird, wird das Forderungsrecht des Ausstellers gegen den Bezogenen an den Schecknehmer abgetreten, so daß der Schecknehmer gemäß § 398 BGB. an die Stelle des Ausstellers tritt und die Forderung des Ausstellers selbständig geltend machen kann. Nach dieser Theorie würde sich als logische Folgerung ein direktes Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen ergeben.

Canstein führt hierzu aus:[4]) „Da nun der Scheck anstatt barer Zahlung gegeben und genommen wird, ganz ebenso wie das bei der Zession der Fall ist, so muß durch den Scheck eine Zession der dem Aussteller gegen den Bezogenen zustehenden Geldforderung bewirkt werden. Infolgedessen steht dem Scheckeigentümer — zunächst dem ersten Schecknehmer — die Klage, welche bisher der Aussteller hatte, im eigenen Namen und zu seinen Gunsten für eigene Rechnung zu, also die Klage aus dem betreffenden Vertrage, aus dem der Scheckaussteller eine direkte Geldforderung erwarb, oder die aus dem pactum de mutuo dando, die ihm bloß indirekt eine Geldforderung gewährte. Die Klage aus dem pactum de mutuo dando steht ihm natürlich in dem Sinne zu, daß er das mutuum auf Rechnung (d. h. zu Lasten) des Scheckausstellers, aber im eigenen Namen und zu seinen Gunsten fordert."

Zu diesen Ausführungen Cansteins ist zu bemerken, daß zunächst der Scheck nicht anstatt barer Zahlung gegeben und genommen wird. Würde der Scheck an Zahlungsstatt und nicht zahlungshalber hingegeben und genommen, so wäre die

---

[2]) Cohn bei Endemann III., S. 1155; Lit. i. Zeitschr. f. vgl. Rw., III, S. 96, Note 1 u. 2; ferner Moltmann i. Bankarch., IV, S. 24.

[3]) Canstein i. ZHR., Bd. 60, S. 199; Leipz. Ztschr. I, S. 609; Holdh. W. S., Bd. III, S. 198; 200; ebenda Bd. I, S. 64; 81/82; Der Scheck, S. 164; Scheck, Wechsel und deren Deckung i. Arch. f. bürgerl. R., Bd. 4, S. 360 ff.

[4]) i. Scheck, Wechsel und deren Deckung, S. 344.

Folge davon, daß ein Anspruch aus dem der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnisse erloschen wäre und der Schecknehmer seine Ansprüche gegen den Aussteller, falls der Scheck nicht eingelöst wird, nur auf die Scheckbegebung und den Scheck selbst stützen könnte (§ 364 BGB). Der Absatz 2 des zitierten Paragraphen bestimmt aber, daß im Zweifel nicht anzunehmen ist, daß der Gläubiger die Leistung an Erfüllungsstatt übernimmt, wenn der Schuldner zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers diesem gegenüber eine neue Verbindlichkeit übernimmt. Es müßte also hiernach von beiden Teilen eine Vereinbarung getroffen werden, daß der Scheck an Zahlungsstatt hingegeben resp. genommen ist, erst dann würde ein Zurückgehen auf das der Scheckbegebung zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ausgeschlossen sein. Haben die Parteien aber nichts Derartiges bestimmt, so ist im Zweifel anzunehmen, daß der Scheck nur zahlungshalber genommen sei. Dieses Ergebnis wird auch durch den allgemeinen Satz bestätigt: Niemand ist weiter gebunden, als er durch seine Erklärungen gebunden sein will. Nehme ich z. B. einen Ring statt 100, so habe ich damit noch nicht gesagt, daß die Schuld getilgt sei.

Wird also einerseits die Annahme, daß der Scheck anstatt barer Zahlung genommen werde, durch diesen allgemeinen Satz und durch das Gesetz (§ 364) widerlegt, so wird es andererseits dem Schecknehmer in praxi niemals einfallen, den Scheck an Zahlungsstatt anzunehmen, denn dadurch würde ihm ein Rechtsgrund, nämlich aus dem unterliegenden Rechtsverhältnis, für eine eventuelle spätere Geltendmachung seiner Forderung entzogen.[5]) Wir können daher wohl sagen, daß die Scheckbegebung ein Versuch der Zahlung ist,[6]) nicht Zahlung selbst; wird der Scheck eingelöst, ist damit jede Forderung erloschen, wird er dagegen nicht eingelöst, bleibt die Forderung aus dem zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis neben dem Regreßanspruch bestehen. Dieser Ansicht sind auch die meisten Autoren.

---

[5]) Die Annahme des Schecks geschieht zahlungshalber: Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 11, 15; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 392; Cohn i. ZHR. Bd. 61, S. 103; Fick, S. 343, 429: Pavlicek, Der Scheck, S. 112; i. ZHR. Bd. 63, S. 39; Breit i. Holdh. M. S., Bd. 17, S. 1; Simonson i. Gruchot, Bd. 50, S. 57; i. Bankarch., IV, S. 123; Buff, Scheckverkehr, S. 86; Hanausek, S. 18; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 26; 27; Eltzbacher i. DJZ. 1907, S. 442; RGZ. Bd. 44, S. 159; Düringer-Hachenburg II, S. 595; Conrad, Handb., S. 59; Langen S. 28.

[6]) So Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 11; Cohn i. ZHR. Bd. 61, S. 103; Breit i. Holdh. M. S. Bd. 17, S. 1; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 56; Bankarch., IV, S. 123; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 109, 110; Schreiber i. ZHR. Bd. 66, S. 361; Hanausek S. 18.

Sieht man den Scheck als eine Art der Anweisung an, wie heute allgemein anerkannt, so ergibt sich auch aus dem Satze: „Anweisung ist keine Zahlung" die Unrichtigkeit der Ansicht Cansteins, daß der Scheck an Zahlungsstatt gegeben und genommen werde.[7])

Geht somit Canstein in seinen Darlegungen von einer falschen Voraussetzung aus, so ist aber auch aus anderen Gesichtspunkten seine Theorie als verfehlt anzusehen. Die Forderung, die der Scheckaussteller gegen den Bezogenen hat, könnte zunächst in dem Anspruch des Ausstellers bestehen, den dieser auf Grund des Hinterlegungsvertrages hat. Dagegen die Pflicht, die Schecks des Ausstellers einzulösen, resultiert, wie wir oben gesehen haben, aus dem Scheckvertrage. Also erst aus dem Hinterlegungsvertrage in Verbindung mit dem Scheckvertrage entsteht ein Forderungsrecht des Scheckausstellers gegen den Bezogenen auf Auszahlung des Scheckbetrages, so daß also die Abtretung dieses Forderungsrechtes nur möglich sein kann, wenn ein Scheckvertrag zwischen dem Aussteller und dem Bezogenen zustande gekommen ist. Da der Scheckvertrag aber nicht unbedingt zwischen dem Scheckaussteller und dem Bezogenen abgeschlossen zu werden braucht, da er ja nicht als essentiale des Schecks angesehen werden darf (s. oben), so kann auch der jeweilige Scheckinhaber daraus keine Rechte herleiten, denn wie soll er wissen, ob ein Scheckvertrag abgeschlossen ist oder nicht.

Aber auch dem wirklichen Willen der Parteien wird die Cansteinsche Theorie nicht gerecht. Dem Schecknehmer kommt es in erster Linie darauf an, die Auszahlung des Scheckbetrages zu erreichen, er will nicht ein selbständiges Recht gegen den Bezogenen erlangen; bekommt er den Scheck nicht bezahlt, so wird er sich an den Aussteller halten, um auf andere Weise zu seinem Gelde zu gelangen.

Aber noch weit größere Bedenken stehen der Casteinschen Theorie entgegen, wenn es sich um einen Kreditscheck handelt, d. h. um einen solchen Scheck, der auf Grund eines Guthabens gezogen ist, das auf einem Krediteröffnungsvertrage beruht. In diesem Falle besteht zwischen Aussteller und Bezogenem ein pactum de mutuo dando, die daraus entspringende Forderung

---

[7]) Cohn i. ZHR. Bd. 61, S. 103; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 56; Bankarch. 1905 S. 72; Conrad, Handb., S. 59; Buff, Scheckgesetz, S. 22; Riesser i. Bankarch. VII, S. 135; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 26, 110; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 393; Klein i. DJZ. 1903, S. 37; Türcke-Niedenführ II, S. 462; Staudinger II, S. 1305; Düringer-Hachenburg II, S. 556; Dernburg II, S. 221; Türcke-Niedenführ S. 465; Anm. 1 zu § 788; Oertmann S. 877.

auf Auszahlung des Darlehns kann nach herrschender Meinung[8]) als ein höchstpersönliches Recht auf Grund des § 399 BGB. nicht abgetreten werden. Diesen Einwand erkennt auch Canstein, indem er sagt[9]): „Freilich kann eine Zession nicht in dem Sinne erfolgen, daß der Kreditpromittent, der dem A Kredit zu gewähren versprach, dem B kreditiert, jedenfalls ist aber eine Zession der Forderung aus dem Kreditversprechen zulässig, in dem Sinne, daß der Kreditpromittent die dem A kreditierte und auf seine Rechnung zu stellende Geldsumme dem B auszahle, damit sie dieser für sich behalte." Die Zession soll also nicht darin bestehen, daß der Kredit als solcher abgetreten werde, daß also der Bezogene in Höhe der Scheckssumme auf Grund der Zession Kredit gewähre, sondern die Zession sei vielmehr so zu verstehen, daß der Schecknehmer von dem Bezogenen verlangen kann, daß ihm der Scheckbetrag auf Grund des dem Aussteller eingeräumten Kredites ausbezahlt werde, er ihn also im Namen des Ausstellers für seine Rechnung fordern könne. Es würde sich also um eine Abtretung des „bloßen Anspruches auf Auszahlung der Darlehnsvaluta" handeln.[10]) Eine solche ist aber aus dem Grunde unmöglich, weil der Anspruch auf Auszahlung der Darlehnsvaluta unzertrennlich mit dem Anspruch auf Kredit verbunden ist, er stellt sich also als akzessorisches Recht dar; ist aber der Hauptanspruch auf Kreditgewährung nicht abtretbar, so kann auch dieses akzessorische Recht nicht abtretbar sein.

Aus diesen Darlegungen erhellt, daß die Cansteinsche Theorie nicht als richtig anerkannt werden kann. Canstein ist auch mit seiner Ansicht ziemlich allein geblieben, angeschlossen hat sich ihm nur Kohler.[11])

Auf Grund seiner Theorie kommt Canstein folgerichtig zu dem Ergebnis, daß dem Scheckinhaber ein direktes Klagerecht gegen den Bezogenen auf Auszahlung der in seinen Händen befindlichen Deckung zugestanden werden müsse.[12]) Hieraus folgert Canstein weiter, daß, wenn der Scheckaussteller nach der Scheckbegebung in Konkurs fällt, die Deckung des begebenen Schecks nicht zur Konkursmasse des Ausstellers gezogen werden

---

[8]) Oertmann S 268.

[9]) Scheck, Wechsel und deren Deckung, S. 361.

[10]) Oertmann S. 268

[11]) Lehrbuch S. 691; ferner i. Arch. f. bürgerl. R. Bd. 13, S, 232; Anm. 86; früher auch Conrad i. ZHR. Bd. 57, S. 77, der aber seine Meinung für das deutsche Scheckgesetz aufgegeben hat und diese Theorie in Handb. S. 125 als unzutreffend bezeichnet.

[12]) Scheck, Wechsel und deren Deckung S. 363 ff.

darf, der Scheckinhaber behält die ihm zedierte Forderung (Deckung) ganz und hat weder an die Konkursmasse etwas herauszugeben noch von ihr — wenn er (aus der Deckung) nicht volle Zahlung erhielte — etwas zu fordern,[13]) m. a. W. er könnte die beim Bezogenen befindliche Deckung aus der Konkursmasse aussondern resp. von ihr absondern.

Da wir bereits im Vorhergehenden die Canstein'sche Theorie als unhaltbar abgelehnt haben, müssen wir auch die genannten Folgerungen als unzutreffend bezeichnen. Wenn diese Ansichten auch für das französische und belgische Recht, die in der Scheckbegebung eine Zession des Scheckbetrages sehen wie Canstein[14]), in Geltung sind, so bietet das deutsche Recht sich dem österreichischen Gesetz von 1906 anschließend dafür keinerlei Anhaltspunkte. Zwar hat der Entwurf von 1892 ein direktes Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen anerkannt, und sich so der Canstein'schen Theorie genähert, wie Canstein mit Freuden feststellt,[15]) infolge der lebhaften Erörterungen in der Literatur hat aber das heutige Gesetz das direkte Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen fallen gelassen,[16]) so daß die Canstein'sche Theorie für Deutschland ohne jegliche Bedeutung geworden ist, und somit ist dem deutschen Recht auch ein Aus- oder Absonderungsrecht des Scheckinhabers im Konkurse des Ausstellers an der in den Händen des Bezogenen befindlichen Deckung fremd.[17]) [18]) [19])

---

[13]) Scheck, Wechsel und deren Deckung S. 376/7; i. Holdh. WS. Bd I, S. 65 am Ende; S. 82.

[14]) Pavlicek i. ZHR. Bd. 61, S. 129, 132; Canstein, Der Scheck, S. 59, 164; Mittermaier i. ZHR. Bd. 10, S. 29; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw, Bd. III, S. 90ff; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 46; Canstein i. Scheck, Wechsel und deren Deckung S. 327, 360.

[15]) i. ZHR. Bd. 60, S. 165, insbesondere Anm. 5; Der Scheck, S. 164, 176.

[16]) S. hierüber Canstein i. ZHR. Bd. 60, S. 164; Holdheims WS. Bd. III, S. 198; I., S. 64; Conrad i. Bankarch. VII, S. 42; Riesser i. Bankarch. VII, S. 52; Moltmann i. Bankarch. IV S. 24; Pavlicek i. ZHR. Bd. 61, S. 131f; Simonson i. Bankarch. IV, S. 70; Begr. S. 13/14.

[17]) Ebenso auch das österr. Recht. Canstein, Der Scheck, S. 176; desgl. das englische und nordamerikanische Recht, s. Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 18; vgl. Schreiber i. ZHR. Bd. 66, S. 349/350; Buff, Scheckverkehr, S. 81; Breit i. Rechte und Pflichten S. 28; i. ZHR. Bd. 64, S. 504; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 46; Begr. S. 29; Cohn i. ZHR. Bd. 61, S. 88; Apt. S. 61; Fick S. 410; Pavlicek i. ZHR. Bd. 63, S. 33; Hoppenstedt, 2. Wort, S. 35; Riesser i. Bankarch. VII, S. 51; Conrad i. Bankarch. V, S. 213; Fürst i. Leipz. Ztschr. II, S. 408.

[18]) a) gegen die Canstein'sche Theorie wenden sich: Pavlicek, Der Scheck, S. 94, i. ZHR. Bd. 61, S. 131ff; Birnbaum i. ZHR. 30,

Es ist jetzt die Frage zu erörtern, welche Rechte nach dem deutschen Gesetz der Scheckinhaber im Konkurse des Ausstellers geltend machen kann.

So erwünscht es auch gewesen wäre, über die Frage der Behandlung des Schecks im Konkurse des Ausstellers im Scheckgesetz selbst Bestimmungen zu treffen,[20]) hat man doch dem berechtigten Wunsche nicht Rechnung getragen, und zwar, wie die Motive zum Entwurf von 1892 sagen,[21]) da die Bestimmungen der Konkursordnung und des bürgerlichen Rechts ausreichend seien. Indessen ist in der Literatur lebhafter Streit darüber entstanden, welche Bestimmungen im einzelnen Anwendung zu finden haben.

Die Konkursordnung hat sämtliche Ansprüche, die im Konkurse geltend gemacht werden können, eingehend und erschöpfend erörtert und aufgezählt. Als solche kommen in Frage: bloße Konkursforderungen, Masseansprüche und Aus- und Absonderungsrechte. Wir haben bereits gesehen, daß das deutsche Scheckgesetz gemäß der rechtlichen Natur des Schecks ein Aus- oder Absonderungsrecht des Scheckinhabers an der beim Bezogenen befindlichen Deckung nicht anerkannt hat, da es dem Scheckinhaber ein direktes Klagerecht gegen den Bezogenen auf

S. 9/10; Hanausek S. 22; Cohn bei Endemann III, S. 1155; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 109; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 55; i. Bankarch. IV, S. 70; i. Holdh. WS. I, S. 112; Breit i. Holdh. MS. 16, S. 280.

b) abgelehnt wird das direkte Klagerecht und somit die Zubilligung eines Aus- oder Absonderungsrechtes im Konkurse von: Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 19ff; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 395ff; Hanausek S. 20; Fick S. 429; Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 121ff; Buff, Scheckverkehr, S. 84; Conrad i. Bankarch VII, S. 42; Riesser ebenda S. 52, 70; Simonson i. Bankarch. IV. S. 70; Pavlicek, Der Scheck, S. 96; i. ZHR. Bd. 61, S. 131ff; Breit i. Holdh. MS. 16, S. 280; Bd. 17, S. 38.

c) Dafür sprechen sich aus; Canstein, Der Scheck, S. 163; insbes. S. 176; Holdh. WS. Bd. I, S. 64; III, S. 198; i. ZHR Bd. 60, S. 164; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. III, S. 84ff; insbes. S. 95; Hoppenstedt, Zum Scheckgesetz, S. 16ff; i. 2. Wort, S. 23 hat er diese Ansicht aufgegeben. Moltmann i. Bankarch. 1904, S. 24; Kohler S. 691.

[19]) Das Scheckgesetz hat ein direktes Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen abgelehnt und somit auch ein Aussonderungsrecht an dem Guthaben nicht anerkannt. s. Lessing S. 107; Düringer-Hachenburg S. 597; Planck S. 864; Langen S. 39; Conrad, Handb., S. 117ff; Kuhlenbeck, Scheckges. S. 12.

[20]) Wie es von Canstein i. Holdh. WS. I, S. 82; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 47, 53; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. 12, S. 107 Anm. 200 vorgeschlagen wurde. aA. Hoppenstedt, 2. Wort, S. 35.

[21]) s. Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 47; Riesser, Zur Revision des HGB., ZHR. Beilageheft zu Bd. 35, S. 276; Hoppenstedt, 2. Wort, S. 34.

Auszahlung des Scheckbetrages nicht zugebilligt hat. Da die Forderung, die dem Scheckinhaber zusteht, natürlich auch nicht zu den Massenansprüchen (§§ 57 ff. KO.) gehört, — denn sonst wären sie in diesen Paragraphen mit aufgezählt — so kommen wir auf diesem negativen Wege zu dem Ergebnis, daß der Scheckinhaber seine Forderung nur als Konkursgläubiger geltend machen kann, er also nur quotenweise Befriedigung seiner Forderung erlangen kann.[22]) Diese Ansicht wird auch durch den § 3 der KO. gestützt, der eine Begriffsbestimmung der „Konkursgläubiger" gibt. Er bestimmt: „Die Konkursmasse dient zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger, welche einen zur Zeit der Konkurseröffnung begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner haben." Für den Begriff des Konkursgläubigers wird also gefordert, daß er persönlicher Gläubiger des Gemeinschuldners ist und einen zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründeten Vermögensanspruch an den Gemeinschuldner hat. Es sind also nur die persönlichen Gläubiger als Konkursgläubiger anzusehen, d. h. diejenigen, „die ohne dingliche Macht über einzelne Sachen, sich an die Person ihres Schuldners und dessen Vermögen halten müssen." [23]) Diese Voraussetzung dürfte für den Scheckinhaber unzweifelhaft vorliegen, denn da der Scheck zahlungshalber gegeben und genommen wird, ist es dem Scheckinhaber jederzeit möglich, auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis zurückzugehen, auf Grund dessen er einen persönlichen Anspruch auf Zahlung der im Scheck bestimmten Summe geltend machen kann, daneben hat er dann noch einen Anspruch auf Zahlung der Regreßsumme. Wenn aber der Scheck an Zahlungsstatt genommen sein sollte, hat er nur einen persönlichen Anspruch aus der Urkunde selbst, nämlich auf Zahlung der Regreßsumme. (§ 15 Sch.-G.)

Ferner muß die Forderung in einem Vermögensanspruch bestehen, d. h. eine Forderung auf eine geldwerte, aus dem Vermögen des Gemeinschuldners zu entrichtende Leistung sein.[24]) Da die Forderung des Scheckinhabers gegen den Gemeinschuldner stets in Geld besteht und er seine Befriedigung *aus dem Vermögen* des Gemeinschuldners verlangen kann, trifft auch diese Voraussetzung für den Scheckinhaber zu. Es muß aber weiterhin dieser Vermögensanspruch zur Zeit der Eröffnung des Verfahrens begründet sein. Es genügt also nicht, daß das Rechtsverhältnis, aus dem die Forderung entspringt, schon vor

[22]) Diese Ansicht ist auch durchweg in der Literatur vertreten.

[23]) Vgl Motive zum Entwurf der Konkursordnung für das deutsche Reich, 1877, S. 25; Petersen-Kleinfeller S. 25; Willenbücher S. 11.

[24]) Jaeger S. 49; Sarwey-Bossert S. 52; Wilmowski S. 48; Willenbücher S. 11; Petersen-Kleinfeller S. 26.

der Eröffnung des Verfahrens bestanden hat, sondern die Forderung muß selbst schon vorhanden sein.[25]) Für den Scheckinhaber würde die Rechtslage folgende sein: Hat er den Scheck zahlungshalber angenommen, so greift er auf das unterliegende Rechtsverhältnis zurück, aus dem die Forderung bereits vor Eröffnung des Konkurses begründet ist, so daß also für die Anwendung des § 3 KO. keine Bedenken entstehen. Will er aber auf das unterliegende Rechtsverhältnis nicht zurückgehen, so kann er auch die Regreßsumme als Konkursforderung geltend machen, ganz ebenso als wenn er den Scheck an Zahlungsstatt genommen hätte. In letzterem Falle ist natürlich der Rückgriff auf das zu Grunde liegende Rechtsverhältnis ausgeschlossen, so daß er sich nur auf die Regreßsumme beschränken kann.

Die Forderung der Regreßsumme von seiten des Scheckinhabers muß aber auch als vor der Konkurseröffnung begründet angesehen werden, denn durch die Hinnahme des Schecks hat der Scheckinhaber einen Anspruch auf Zahlung der Scheecksumme erlangt, wenn die Bank die Zahlung derselben verweigert. Allein auf Grund der Scheckbegebung und des Nachweises der Zahlungsweigerung der Bank erlangt der Scheckinhaber einen Regreßanspruch gegen den Scheckaussteller. Begründet wird dieser Anspruch durch die Scheckbegebung, vollendet aber erst durch die Zahlungsweigerung der Bank. Um diese Forderung als Konkursforderung geltend machen zu können, genügt es aber, wenn die Forderung vor der Konkurseröffnung *begründet* ist, gleichgültig ist es dagegen, wann die Vollendung der an sich begründeten Forderung eintritt. Nur muß die Vollendung der Forderung ohne jedes Zutun des Gemeinschuldners entweder durch ein Ereignis oder durch Handlungen des Gläubigers oder eines Dritten geschehen, denn „jede Rechtshandlung, welche der Gemeinschuldner nach der Eröffnung des Konkursverfahrens vornimmt, ist in Bezug auf die Konkursgläubiger unwirksam (§ 7)." Im Falle eines Schecks wird aber die Vollendung der an sich begründeten Forderung durch die Handlung eines Dritten, nämlich der Bank durch ihre Zahlungsweigerung, herbeigeführt, so daß nach dem Gesagten eine Konkursforderung für den Scheckinhaber begründet werden muß.

Nach diesen Darlegungen kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Scheckinhaber nach deutschem Recht seine Forderung aus dem Scheck nur als Konkursforderung geltend machen kann, daß ihm aber keinerlei Vorzugsrechte zustehen, wie z. B. nach französischem und belgischem Recht.

---

[25]) Petersen-Kleinfeller S. 27; Wilmowski S. 49.

§ 5. Das Verhalten des Bezogenen bei Vorzeigung des Schecks.

Die Begründung zum Scheckgesetz[1]) führt zu dieser Frage Folgendes aus: „Der Bezogene darf, sobald er von der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausstellers Kenntnis erhalten hat, den Scheck nicht mehr einlösen, wenn er sich nicht nochmaliger Inanspruchnahme aussetzen will. Hat dagegen der Bezogene einen Scheck, den der Gemeinschuldner vor der Eröffnung des Konkurses ausgestellt hat, nach der Konkurseröffnung ohne Kenntnis von derselben eingelöst, so wird er dadurch von seiner Verbindlichkeit auf Rückgabe der Deckung in Gemäßheit des § 8 der Konkursordnung befreit, denn eine auf Anweisung des Gemeinschuldners, also mit seiner Einwilligung, an den Scheckinhaber erfolgte Leistung steht im Sinne des bezeichneten § 8 der Leistung an den Gemeinschuldner gleich."

Diesen Ausführungen haben sich eine Reihe von Autoren angeschlossen, ohne allerdings eine eingehendere Begründung ihrer Ansicht zu geben, sie beschränken sich darauf, die Ausführungen der Begründung zum Scheckgesetz mehr oder weniger wörtlich wiederzugeben.[2])

In der Literatur ist Streit darüber entstanden, ob die Ausführungen der Begründung zutreffend sind und ob sie sich unter die Bestimmungen der KO., insbesondere den § 8 subsumieren lassen.

Vor Schaffung des Scheckgesetzes wurde darauf hingewiesen, daß es durchaus wünschenswert, ja unerläßlich sei, daß das Scheckgesetz über die Regelung dieser Frage gesetzliche Bestimmungen treffe.[3]) Da dies aber leider nicht geschehen ist, ist es Aufgabe der Wissenschaft, die Frage nach den konkursrechtlichen Bestimmungen zu ergründen, ob der Bezogene den Scheck nach der Konkurseröffnung einlösen darf oder nicht, und wie er sich im Einzelnen zu verhalten hat.

Doch bevor wir uns dieser Frage zuwenden, dürfte es angebracht sein, die Ansicht Schreibers[4]) zu untersuchen, der in seiner Abhandlung zu dem Ergebnis gelangt,[5]) daß „das aktive

---

[1]) S. 29.

[2]) Merzbacher S. 45; Pavlicek i. ZHR. Bd. 63, S. 33; Sattler i. Holdh. WS. Bd. 1, S. 77; Buff, Scheckverkehr, S 81/82; Scheckgesetz, S. 70; Fick S. 410; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 74; Conrad, Handb., S. 196; Kohl S. 49; Schiebler S. 38; Apt S. 61.

[3]) s. Anm. 21 des vorigen Paragraphen.

[4]) i. ZHR. Bd. 66, S. 349 ff.

[5]) Ebenda S. 371.

Guthaben für die laufenden Schecks während der Präsentationsfrist gesperrt bleibt; diese werden voll bezahlt, soweit das Guthaben reicht."

Schreiber geht in seinen Darlegungen davon aus, welche rechtliche Natur die Ausstellung und Begebung des Schecks hat.[6]) Er stellt fest, daß vom Augenblick der Scheckbegebung bis zur Auszahlung des Schecks eine Kette von Ereignissen ins Rollen gebracht werde, die wohl durch Willensbeeinflussung seitens des Ausstellers, z. B. durch Ueberredung, Drohung und Aehnliches unterbrochen werden könne, nicht aber durch irgend welche Rechtsmittel, auch nicht durch Erschöpfung des Guthabens und Auflösung des Scheckvertrages. Die letzteren können dem Bankier wohl die Pflicht, nicht aber das Recht nehmen, den Scheck für Rechnung des Ausstellers einzulösen. Schreiber kommt auf diesem Wege zu dem Ergebnis, daß die Scheckbegebung der Beginn derjenigen Verfügung ist, welche Zahlung bezweckt. Da es zur Zeit der Begebung noch unsicher ist, ob die Zahlung tatsächlich durchgeführt wird, ist die Scheckbegebung ein Ersatz der Zahlung. „Aber sie bringt diejenige Reihe von Ereignissen in Lauf, die schließlich die Zahlung an den Inhaber bewirken müssen und sie tut das in einer Weise, daß dem Aussteller von nun ab jede Rechtsmacht fehlt, die Zahlung zu inhibieren und deshalb ist sie Beginn einer Verfügung." *Scheckbegebung ist also nach deutschem Recht* Beginn der Zahlung d. h. *zeitlich geteilte Verfügung*. Diese wird also solange nicht vom Konkurse berührt, als der Scheck unwiderruflich ist oder wie Schreiber sagt: „Einen Scheck, der vor der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Ausstellers begeben ist und der nach ihr, aber innerhalb der Vorlegungsfrist vorgelegt wird, kann der Bankier mit voller Wirkung einlösen," oder wie Schreiber das Ergebnis seiner Untersuchung genauer ausdrückt: „Das Aktivguthaben bleibt für die laufenden Schecks innerhalb der Vorlegungsfrist gesperrt."[8])

Daß diese Ansicht nach dem deutschen Scheckgesetz nicht haltbar ist, erscheint einleuchtend. Breit[9]) weist dagegen darauf hin, daß es nach der Begründung[10]) unzweifelhaft erscheine, daß das Gesetz davon ausgegangen ist, den Scheckinhaber als bloßen Konkursgläubiger zu betrachten, ihm aber jedes Vor-

[6]) Ebenda S. 359.
[7]) Ebenda S. 361
[8]) Ebenda S. 371.
[9]) i. ZHR. Bd. 67, S. 516.
[10]) S. 29.

zugsrecht (Aus- oder Absonderungsrecht) unzweideutig genommen habe. „Mag man die Materialien für ein Gesetz noch so gering anschlagen — so ganz ignorieren darf man sie doch nicht. Sonst brauchte man sie nicht erst mit großen Geldopfern zu publizieren." Breit sagt also mit anderen Worten, daß die Schreibersche Ansicht darauf hinausläuft, dem Scheckinhaber wenigstens für die Präsentationsfrist des Schecks ein Aus- oder Absonderungsrecht zu gewähren. Wie aus den Erörterungen im vorigen Paragraphen hervorgeht, kann ein solches Recht dem Scheckinhaber nach dem deutschen Scheckgesetz nicht zugebilligt werden.

M. E. geht Schreiber in seinen Darlegungen von einer falschen Voraussetzung aus, wenn er sagt, die Scheckbegebung sei eine zeitlich geteilte „Verfügung". Unter verfügen im Sinne des bürgerlichen Rechts versteht man aber, die dingliche Rechtslage verschieben. Wie aber wird bei der Scheckbegebung die dingliche Rechtslage verschoben? Der Scheck ist nach deutschem Recht eine besondere Art der Anweisung, er enthält demnach für den Scheckinhaber nur die Ermächtigung sich das Geld vom Bezogenen zu holen, für den Bankier die Ermächtigung den Betrag auszuzahlen. (Erst durch den Scheckvertrag wird für ihn daraus eine Pflicht.[11]) Der Scheckinhaber tritt demnach in gar keine Beziehung zu der in den Händen des Bezogenen befindlichen Deckung. Tut er das aber nicht, so kann der Scheckaussteller auch durch die Scheckbegebung keine Verfügung über sein Guthaben vornehmen, da ja die dingliche Rechtslage durch dieselbe garnicht verschoben werden kann.

Aus diesen Erwägungen erhellt zur Genüge, daß die Schreibersche Ansicht als unhaltbar abzulehnen ist. Er nähert sich auf dem Umwege, daß die Scheckbegebung eine zeitlich geteilte Verfügung sei, in seinem Ergebnis der französischen Eigentumstheorie, die wir für das deutsche Recht indessen abgelehnt haben.

Im Folgenden wollen wir uns der oben angedeuteten Frage zuwenden, ob der Bezogene den Scheck nach Konkurseröffnung einlösen darf oder nicht und wie er sich im Einzelnen zu verhalten hat.

Wie die Motive zum Regierungsentwurf von 1892 ausführen,[12]) sollen für die Beantwortung dieser Frage die konkurs- und bürgerlichrechtlichen Bestimmungen angewendet werden. Im

---

[11]) s. oben

[12]) S. 19. (Reichstagsdrucksachen Nr. 736/1892)

Anschluß an die Begründung (S. 29) hat sich eine Reihe von Autoren der Ansicht angeschlossen, daß § 8 KO. für die Regelung dieser Frage in Anwendung komme.[13]) Dieser lautet im Abs. 1: „Eine Leistung, welche auf eine zur Konkursmasse zu erfüllende Verbindlichkeit nach der Eröffnung des Verfahrens an den Gemeinschuldner erfolgt ist, befreit den Erfüllenden den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit, als das Geleistete in die Konkursmasse gekommen ist."

Betrachten wir in Hinblick auf diesen Paragraphen zunächst den Scheck, der auf Grund eines tatsächlichen Guthabens, eines Aktivguthabens, gezogen ist. Das Aktivguthaben gehört, wie wir in einem späteren Paragraphen noch nachweisen werden, zur Konkursmasse; der Bankier hat also zur Konkursmasse eine Verbindlichkeit zu erfüllen, und zwar des Inhalts, das Guthaben des Kridars zur Konkursmasse abzuführen. Ist diese Verbindlichkeit *an den Gemeinschuldner* geleistet, so ist der Bankier den Konkursgläubigern gegenüber nur insoweit befreit, als seine Leistung in die Konkursmasse gelangt ist. Nun zahlt aber der Bankier bei einem Scheck auf Schuld nicht *an den Gemeinschuldner*, sondern an den Scheckinhaber. Daraus könnte man folgern, daß der Bankier die Leistung an die Konkursmasse noch einmal bewirken müßte. Mit der herrschenden Meinung muß man aber sagen, daß eine Leistung, die an einen Dritten *mit Einwilligung des Gemeinschuldners* bewirkt wird, der Leistung an den Gemeinschuldner gleichsteht, (vgl. §§ 362 Abs. 2; 185 Abs. 1 BGB.),[14]) so daß die Leistung des Bankiers an den Scheckinhaber den Konkursgläubigern gegenüber nicht unwirksam ist, er also die Leistung an die Konkursmasse nicht noch einmal zu bewirken braucht. Des Weiteren verlangt der § 8 KO., daß die Leistung des Bankiers in die Konkursmasse gekommen sein muß. Daß dies der Fall bei der Scheckzahlung sei, darüber schweigen die Autoren, doch ist m. E. diese Frage zu bejahen, denn: Der Scheckinhaber hat bei Zahlungsweigerung der Bank gegen den Gemeinschuldner, also gegen seine Konkursmasse, einen Anspruch auf Zahlung der Scheckssumme, und zwar einen Regreßanspruch auf Grund der Scheckbegebung. Dieser Anspruch wäre von der Konkursmasse zu erfüllen. Hat der Scheckinhaber aber seine Forderung von

---

[13]) Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 74; Conrad, Handb., S. 196; Lessing S. 116; Merzbacher S. 45; Pavlicek i. ZHR. Bd. 63, S. 33.

[14]) So auch Willenbücher S. 26; Jaeger § 8 Anm. 2 S. 116; Hellwig S. 375ff; Seuffert S. 174; Anm 7; Sarwey-Bossert S. 75; Sydow-Busch Anm. 1 zu § 8; RGZ. Bd. 38, S. 46.

der Bank bezahlt bekommen, so verliert er natürlich seinen Anspruch auf Zahlung der Regreßsumme. Gleichzeitig verliert er aber auch seinen Anspruch gegen die Konkursmasse aus dem der Scheckbegebung zu Grunde liegenden Rechtsverhältnis. Er ist für seine Forderung voll befriedigt. Da die Konkursmasse die Forderung des Scheckinhabers nicht mehr zu erfüllen braucht, ist durch Ausscheidnng des Forderungsrechts des Scheckinhabers die Leistung der Bank indirekt in die Konkursmasse hineingekommen, denn die Konkursmasse braucht den Anspruch des Scheckinhabers nicht mehr zu erfüllen, so daß sie dadurch zu Gunsten der übrigen Konkursgläubiger vergrößert ist. Da aber der Scheckinhaber nur eine quotenweise Befriedigung seiner Forderung aus der Konkursmasse hätte verlangen können, kann auch die Bank nur in Höhe dieser Quote von ihrer nochmaligen Leistung an die Konkursmasse befreit werden.

Von diesem Grundsatz machen aber die Absätze 2 und 3 des § 8 eine Ausnahme, indem Abs. 2 bestimmt, daß der Erfüllende durch die Leistung *an den Gemeinschuldner* bzw. mit dessen Einwilligung, wenn sie vor der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Konkurses erfolgt, befreit wird, wenn dem Erfüllenden nicht bewiesen wird, daß er zur Zeit der Leistung die Eröffnung des Verfahrens kannte. Andererseits wird der Erfüllende auch dann befreit, wenn er die Leistung nach der öffentlichen Bekanntmachung bewirkt hat, dann muß er aber beweisen, daß ihm die Eröffnung des Verfahrens nicht bekannt war.

Diese Bestimmungen auf den Scheck im Konkurse des Ausstellers angewendet, würden also zu dem von der herrschenden Meinung vertretenen Ergebnis führen: die Bank kann vor der öffentlichen Bekanntmachung den Scheck noch einlösen, ebenso nach der öffentlichen Bekanntmachung der Eröffnung des Verfahrens, wenn sie von der öffentlichen Bekanntmachung nichts wußte und dies beweist. Im ersten Falle müßte ihr indessen bewiesen werden, daß sie die Eröffnung des Verfahrens kannte.[15])

Diese Darlegungen bezogen sich nur auf den Scheck, der auf Grund eines tatsächlichen Barguthabens, also auf Schuld, gezogen war. Wie ist nun aber der Scheck zu behandeln, der auf Grund eines eingeräumten Kredits gezogen ist, der sog. Kreditscheck. Ist er ebenso zu behandeln oder ergeben sich Abweichungen? Für diesen Fall kann § 8 KO. nicht zur Anwendung kommen,[16]) da für die Bank eine zur Konkursmasse

[15]) Willenbücher S. 26; Jaeger § 8 Anm. 2ff, S. 116, 261; OLG. Bd. 14, S. 411; s. auch die in Anm. 2 Zitierten.

[16]) So auch Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 506.

zu erfüllende Verbindlichkeit nicht in Frage steht, denn der Krediteröffnungsvertrag zwischen der Bank und ihrem Kunden stellt sich als ein Vertrauensverhältnis dar, das unter der Bedingung der clausula rebus sic stantibus abgeschlossen ist, so daß der Bank nicht zugemutet werden kann, dem Kunden, der in Konkurs geraten ist, noch weiterhin Kredit zu gewähren (§ 610 BGB.)[17]) Hieraus ergibt sich, daß die Bank nach Kenntnisnahme von der Eröffnung des Konkurses den Scheck nicht mehr einzulösen braucht. Dieses Ergebnis wird auch gestützt, wenn man den Scheckvertrag im Konkurse betrachtet. Da dieser sich rechtlich darstellt als Dienstvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstande hat (§ 675 BGB), fällt er unter § 23 Abs. 2 K.O., d. h. er erlischt mit der Eröffnung des Konkurses. Infolgedessen erlischt für die Bank auch die Pflicht, die Schecks ihres Kunden nach Eröffnung des Konkurses einzulösen.[17a]) Da aber im § 23 Abs. 1 der § 674 für anwendbar erklärt ist, so ergibt sich daraus, daß der Scheckvertrag zu Gunsten der Bank so lange als fortbestehend gilt, bis sie von dem Erlöschen Kenntnis erlangt oder das Erlöschen kennen muß, m. a. W. solange die Bank die Eröffnung des Konkurses nicht kennt oder kennen mußte, d. h. aus Fahrlässigkeit nicht kannte, kann sie auch nach Eröffnung des Konkurses Schecks ihres Kunden noch einlösen. Die Forderungen, die die Bank aus dieser Einlösung der Schecks erwirbt, kann sie aber nur als Konkursforderungen gemäß § 27 KO. geltend machen.[18])

Wir kommen somit auf Grund dieser Erwägungen für den Kreditscheck zu demselben Ergebnis wie für den Scheck auf Schuld.

Wir haben oben nachzuweisen versucht, daß für den Scheck auf Schuld § 8 der KO. zur Anwendung kommt. Diese Ansicht ist indessen in der Literatur nicht allgemein anerkannt. So hält Simonson[19]) die Anwendung des § 8 für ausgeschlossen, denn die in der Literatur angezogenen §§ 365 Abs. 2 und 185 BGB. setzen die Einwilligung des Berechtigten zu

---

[17]) Vgl. Lessing S. 117; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 17/18.

[17a]) Zwar bleibt der Scheck (wie die Anweisung) durch die Konkurseröffnung unberührt (vgl. Riehl S. 54, Lent S. 135), also auch die Ermächtigung der Bank, den Scheck einzulösen. Dagegen kann der Konkursverwalter den Scheck widerrufen (für die Anweisung s. Riehl S. 55), s. hierzu im Einzelnen unten.

[18]) Vgt. hierzu: v. Tuhr a. a. O. S. 27; Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 511; Schreiber i. ZHR. Bd. 66, S. 369; Fürst i. Leipz. Zeitschr. Bd. 2, S. 410; a. A. Lessing S. 117.

[19]) i. Gruchot Bd. 50, S. 48.

der zum Zwecke der Erfüllung an einen Dritten vollzogenen Leistung voraus; der Scheckaussteller habe aber im Augenblick der Konkurseröffnung aufgehört, Berechtigter zu sein und die Einlösung des Schecks geschehe häufig ohne Zustimmung des Konkursverwalters, ja dieser habe von der Scheckeinlösung in den meisten Fällen keine Kenntnis. Hiergegen weist Jaeger[20]) mit Recht darauf hin, daß ja gerade darin die Besonderheit des § 8 KO. liege, daß er eine trotz des Konkurses erfolgende Leistungsannahme „des Gemeinschuldners" mit Rücksicht auf den guten Glauben des Leistenden schütze. Eine entsprechende Anwendung dieser Vorschrift auf die mit Willen des Gemeinschuldners an einen Dritten zwecks Erfüllung bewirkte Leistung ist der Sachlage durchaus angemessen.

Auch Schreiber[21]) wendet sich gegen die Deduktionen Simonsons, indem er ausführt, daß der Scheckaussteller, als er die Einwilligung erteilte, noch „Berechtigter" war und es materiell auch nachher noch geblieben ist. Der Konkursverwalter könnte höchstens die erteilte Einwilligung widerrufen, wenn nicht die Bestimmung des § 13 Abs. 3 ScheckG. wäre. Schreiber hält aber aus anderen Gründen die Anwendung des § 8 für nicht möglich,[22]) indem er von der ratio des Paragraphen ausgeht. Denn die Motive[23]) führen aus: Der Grund für die Schaffung des § 8 sei einmal der, daß der Schuldner von der Nichtigkeit seiner Leistung härter betroffen werde, als der Gläubiger durch die Rückforderung des ihm gezahlten Betrages; der Schuldner müsse seine Leistung noch einmal bewirken, wenn ihm der Gemeinschuldner mit der Leistung davongehe, der Gläubiger aber könne seine Forderung nunmehr zur Konkursmasse anmelden und erhalte seine Dividende wie die übrigen Konkursgläubiger. Ferner aber befinde sich der Schuldner gegenüber der Konkurseröffnung über das Vermögen seines Gläubigers in einer ganz anderen Lage als der Gläubiger in dem gleichen Falle gegenüber seinem Schuldner, denn der Schuldner müsse auf jeden Fall leisten und es könne ihm einigermaßen gleichgültig sein, ob an die Konkursmasse oder an den Gläubiger. Es könne ihm daher nicht zugemutet werden, sich über die Vermögenslage seines Gläubigers zu orientieren, ein Gläubiger habe jedoch ein Interesse daran, zu erfahren, in welchen Vermögensverhältnissen sich sein Schuldner befinde.

---

[20]) Anm. 18, S. 261.
[21]) i. ZHR. Bd. 66, S. 353.
[22]) i. ZHR. Bd. 66, S. 354.
[23]) Hahn, Die gesamten Materialien zur KO. 1881, S. 64; s. Jaeger zu § 8 S. 119.

Diese beiden Gründe rechtfertigen den Schutz, der dem gutgläubig zahlenden Schuldner in § 8 gewährt werde.

Nun meint Schreiber, daß diese beiden Gründe für die Scheckzahlung teils in beschränktem Maße, teils garnicht zutreffen, und daher dürfe eine ausdehnende Anwendung des Gesetzes, um die es sich dann beim Scheck handle, nur insoweit statthaft sein, als die ratio dieses Paragraphen auch in dieser Ausdehnung voll zutreffe. Er führt hierzu aus: „Wenn es auch wahrscheinlich ist, daß der Kridar mit der Leistung davongegangen ist, so kann das von dem Empfänger einer Scheckzahlung nicht vorausgesetzt werden; da die Bank den quittierten Scheck in Händen hat, kann sie sich in die Lage versetzen, den Zahlungsempfänger zu kennen und von ihm die Leistung herausfordern."

Diesen Ausführungen vermag ich mich nicht anzuschließen. Wie die Motive darlegen, ist ein Grund für die Schaffung des § 8 der, daß der Schuldner durch die Nichtigkeit seiner Leistung härter getroffen wird als der Gläubiger durch die Rückforderung des ihm gezahlten Betrages. Nun ist aber bei dem Scheck auf Schuld die Sachlage so, daß der Scheckinhaber Gläubiger des Scheckausstellers aus irgend einem Rechtsgeschäft ist, während die Bank Schuldnerin des Kridars auf Grund des Hinterlegungsvertrages ist. Es würde also gerade auf diesen Fall die ratio legis Anwendung finden, da die Bank durch die Nichtigkeit ihrer Leistung, nämlich der Zahlung des Scheckbetrages, härter getroffen würde als der Gläubiger durch die Rückforderung der ihm geleisteten Zahlung. Aber auch der zweite Grund, der von den Motiven für die Schaffung des § 8 hervorgehoben wird, trifft für den Scheck auf Schuld zu. Denn der Bank als Schuldnerin des Kridars kann nicht zugemutet werden, sich über die Vermögensverhältnisse ihres Kunden genau zu orientieren, da es ihr ja gleichgültig sein kann, an wen sie ihre Leistung bewirken muß, ob an ihren Gläubiger oder an seine Konkursmasse.

Hieraus ergibt sich also, daß auch nach der ratio des § 8 dieser für den Scheck auf Schuld zur Anwendung kommen muß.

Schreiber gibt nun zu, daß die ratio des § 8 bei der einfachen „Anweisung auf Schuld" zutrifft, das es aber für den Scheck nicht der Fall sei. Wenn Schreiber es aber für die einfache Anweisung auf Schuld zugibt, so muß er den § 8 auch für den „Scheck auf Schuld" für anwendbar erklären, da dieser nur eine Abart der einfachen Anweisung ist, qualifiziert durch die im § 1 Sch.-G. aufgezählten formalen Erfor-

dernisse. Die Ansicht Schreibers kann also nur dahin gehen, die Anwendung des § 8 für Schecks auf Kredit abzulehnen.

Wenn Schreiber seine Darlegungen so ausgelegt wissen will, kann man ihm wohl beipflichten, denn beim Kreditscheck ist die Sachlage so, daß der Scheckinhaber Gläubiger des Ausstellers ist und die Bank durch die Scheckauszahlung Gläubigerin ihres Kunden wird. Es kann also die ratio des Gesetzes für diesen Fall garnicht in Frage kommen, denn ein Schuldner, der durch die Nichtigkeit seiner Leistung härter getroffen wird als ein Gläubiger, ist hier ja garnicht vorhanden. Fällt aber der eine Punkt der ratio legis in sich zusammen, so erübrigt es sich, auf den zweiten Grund, der zur Schaffung des § 8 Veranlassung gegeben hat, des Weiteren einzugehen.

Wir kommen also auch auf diesem Wege zu dem bereits oben dargelegten Ergebnis, daß für den Scheck auf Schuld der § 8 anwendbar ist, während er für den Kreditscheck abgelehnt werden muß.[24])

Im Gegensatz zu dem deutschen Scheckgesetz haben einige ausländische Scheckgesetze Bestimmungen über die Wirkungen des Konkurses des Ausstellers getroffen, so z. B. das österr. Scheckgesetz vom Jahre 1906. Dieses bestimmt im § 12 Abs. 1: „Die Zahlung des Schecks ist ungeachtet eines dem Aussteller bei dem Bezogenen zustehenden Guthabens vom Bezogenen abzulehnen, wenn ihm bekannt geworden ist, daß über das Vermögen des Ausstellers der Konkurs eröffnet wurde." Eine fast wörtliche Bestimmung findet sich auch im ungarischen Scheckgesetzentwurf. Diese beiden Gesetze stimmen also mit den Ergebnissen überein, die wir für das deutsche Recht darzulegen versucht haben. Aehnlich das englische Recht in Bills of Exchange Act Sect 73 Sect 97.[25]) Das schweizerische Recht entscheidet die Frage ähnlich in Art. 412 Abs. 3 OR.: „Wird über den Anweisenden der Konkurs eröffnet, so gilt die Anweisung als widerrufen." Diese Bestimmung gilt in analoger Anwendung auch für den Scheck[26]) m. a. W. auch das schweizerische Recht sagt, daß der Bezogene den Scheck nicht mehr einlösen darf, wenn er von der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausstellers Kenntnis erhalten hat.

In denjenigen Ländern, die sich der französischen Zessionstheorie angeschlossen haben, ist eine gesetzliche Regelung der

---

[24]) Hinsichtlich der Widerlegung der Ansicht Fürsts (Leipz. Ztschr. Bd. 2, S. 410) vgl. Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 510; Lessing S. 116.

[25]) Fick S. 409; Lessing S. 118; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw., Bd. III, S. 110.

[26]) Fick S. 408.

hier erörterten Fragen nicht vonnöten, denn da der Scheckinhaber ein selbständiges Recht auf die beim Bezogenen befindliche Deckung erlangt hat, kann der Bezogene auch die Deckung zur vorzugsweisen Befriedigung des Scheckinhabers verwenden d. h. er kann den Scheck trotz Eröffnung des Konkurses zu Lasten der Konkursmasse einlösen.[27])

Holland hat eine eigenartige Regelung dieser Frage getroffen, obgleich es sich der französischen Zessionstheorie angeschlossen hat. Es bestimmt nämlich, daß der Bezogene Schecks aus den vorhandenen Geldern solange einlösen darf, bis von den Massekuratoren oder anderen Interessenten Einspruch gegen die Einlösung erhoben ist, so daß durch diese Bestimmung dem Scheckinhaber gleichsam ein Aussonderungsrecht bis zu dem Augenblick, wo der Einspruch erhoben wird, zuerkannt ist.[28])

Wie wir bereits oben dargetan haben, ist das Ergebnis unserer Betrachtung, daß der Bezogene, sobald er von der Konkurseröffnung über das Vermögen des Ausstellers Kenntnis erlangt hat, den auf ihn gezogenen Scheck nicht mehr einlösen darf, daß er ihn aber zu Lasten der Konkursmasse noch einlösen kann, solange ihm die Konkurseröffnung nicht bekannt ist. Des Weiteren haben wir auch schon darauf hingewiesen, daß in der Literatur Streit über diese Fragen entstanden ist. M. E. sind die obigen Ausführungen nach dem Gesetz durchaus zu halten. Wie aber gestaltet sich das obige Ergebnis für die am Scheckverkehr Beteiligten in wirtschaftlicher Beziehung? Für den Bezogenen und den Aussteller dürften sich in dieser Hinsicht wohl keine wirtschaftlichen Nachteile ergeben, da sie sich gegen solche leicht sichern können. Aber für den Scheckinhaber?

Vor Schaffung des Scheckgesetzes ist von verschiedenen Seiten[29]) darauf hingewiesen, daß in das neu zu schaffende Scheckgesetz eine Bestimmung des Inhalts aufgenommen werden sollte, daß der Scheckinhaber auch nach der Konkurseröffnung seinen Scheck ausbezahlt erhält, daß also für seine Ansprüche der Konkurs ohne Einfluß bleibt. Da indessen nach dem neuen Scheckgesetz eine solche Bestimmung fehlt, kommen wir zu dem oben dargelegten Ergebnis.

Der Scheckinhaber muß nach dem neuen Scheckgesetz stets

---

[27]) Vgl. für Belgien Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw., Bd. III, S. 114; für Frankreich ebenda S. 111 ff.

[28]) Fick S. 410; Simonson i. Gruchot Bd. 50, S. 46; Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw., Bd. III, S. 111.

[29]) Thorwart i. Verhandlungen des Ersten Allgemeinen Bankiertages zu Frankfurt a. M. 1902, S. 75.

besorgt sein, daß er den Scheck nicht ausbezahlt bekommt, wenn der Kunde nach Ausstellung des Schecks in Konkurs gerät. Er wird sich deshalb hüten, von einem Kunden, von dem er weiß, daß er nicht sehr zahlungskräftig ist, einen Scheck statt barer Zahlung zu nehmen. Er wird in seinem eigenen Interesse darauf dringen, bares Geld zu bekommen, um sich allen Weiterungen zu entziehen. Wenn er bares Geld bekommen hätte anstatt des Schecks, wäre er für seine ganze Forderung befriedigt, während er bei dem Scheck evtl. auf die Konkursdividende angewiesen ist. Hätte er die Hinnahme des Schecks abgelehnt, hätte er zu der Zeit vielleicht noch bares Geld bekommen können. Später ist ihm dies aber nicht mehr möglich.

Unter diesen Umständen kann man es dem Gläubiger nicht verübeln, wenn er den Scheck von einem zahlungsschwachen Schuldner nicht nehmen will. Für eine gedeihliche Weiterentwicklung des Scheckverkehrs ist aber eine solche Sachlage nur zu bedauern. Wie wir in dem ersten Paragraphen der Arbeit nachzuweisen versucht haben, ist ein ausgedehnter Scheckverkehr für die wirtschaftliche Entwicklung eines Landes von großer Bedeutung. Daher muß man bestrebt sein, dem Scheckinhaber eine möglichst sichere Stellung zu verschaffen, die es ihm ermöglicht stets zu seinem Gelde zu kommen. Hierfür wäre gerade die Bestimmung über die Einflußlosigkeit des Konkurses auf die Auszahlung des Schecks am Platze. Wenn auch der Fall nicht jeden Tag eintritt, daß der Scheckinhaber den Konkurs des Gläubigers befürchten muß, so kann er zur Zeit einer wirtschaftlichen Krisis doch des öfteren vorkommen, und gerade für einen solchen Fall wäre es von großer Bedeutung für die wirtschaftliche Lage des Landes, wenn es einen umfangreichen Scheckverkehr hat, damit die Gelder in wenigen Händen vereinigt sind und dadurch die wirtschaftliche Krisis behoben werden kann. Vom wirtschaftlichen Standpunkte aus wäre daher eine Vorschrift über die Einflußlosigkeit des Konkurses auf die Auszahlung des Schecks nur zu begrüßen.

§ 6. Die Rechtsverhältnisse des Scheckguthabens.

Hinsichtlich der Rechtsverhältnisse des Guthabens beim Konkurse des Scheckausstellers kommen lediglich die Fragen in Betracht, ob das Guthaben zur Konkursmasse gehört und ob der Konkursverwalter berechtigt und verpflichtet ist, das Guthaben des Gemeinschuldners zur Konkursmasse einzuziehen.

Für die Beantwortung dieser Fragen ist zu scheiden zwischen

dem tatsächlichen Barguthaben, dem sog. Aktivguthaben, und dem Guthaben, das auf Grund einer Krediteröffnung geschaffen ist. Daß wir es in beiden Fällen mit einem Guthaben im Sinne des Scheckgesetzes zu tun haben, ist bereits oben dargetan.[1])

Betrachten wir zunächst die Rechtsverhältnisse des Aktivguthabens.

Während in den ersten Stadien der Entwicklung eines Scheckverkehrs der Kunde bei seinem Kassenhalter seine Bargeldbestände hinterlegte und er Eigentümer derselben blieb, sich also der dem Bankguthaben zu Grunde liegende Vertrag als sog. depositum regulare darstellte, ging man späterhin dazu über, dem Bankier das Recht einzuräumen, das bei ihm hinterlegte Geld für seine Zwecke zu verwenden, so daß er Eigentümer des Geldes wird. So entwickelt sich allmählich das depositum regulare zu einem depositum irregulare. Heutzutage wird wohl in den weitaus meisten Fällen dem Bankguthaben ein depositum irregulare zu Grunde liegen. Auf Grund dieses Vertrages hat der Kunde einen Anspruch auf Rückgewährung seines Geldes, sei es daß er es sofort verlangen kann, sei es daß es erst gekündigt werden muß. Beim Scheckguthaben wird stets das erstere der Fall sein.

Wie auch das Bankguthaben entstanden sein mag, durch Bareinzahlung oder durch Verkauf von Wertpapieren oder Koupons oder Diskontierung von Wechseln, stets hat der Kunde einen obligatorischen Anspruch auf Rückgewähr des Gegenwertes seiner an die Bank bewirkten Leistungen.

Fällt nun der Kunde der Bank in Konkurs, so dürfte es wohl zweifellos sein, daß diese Ansprüche, die er gegen die Bank hat, auch zu seiner Konkursmasse gehören. Der Begriff der Konkursmasse ist im § 1 KO. dahin definiert, daß sie das gesamte einer Zwangsvollstreckung unterliegende Vermögen des Gemeinschuldners umfaßt, welches ihm zur Zeit der Konkurseröffnung gehört. Diesen gesetzlichen Bestimmungen genügt das Aktivguthaben des Kunden bei der Bank. Denn: die An-

[1]) Es mag hier noch einmal darauf hingewiesen werden, daß das Scheckguthaben nicht identisch ist mit dem allgemeinen Guthaben, dem sog. Bankguthaben, das der Aussteller beim Bezogenen hat. Doch was hinsichtlich des Konkurses des Ausstellers vom Bankguthaben gilt, gilt auch vom Scheckguthaben. Da der Scheckvertrag, durch den das Bankguthaben zu einem Scheckguthaben gestempelt wird, durch die Eröffnung des Konkurses des Ausstellers erlischt, so müssen wir sagen, daß im Augenblick der Konkurseröffnung das Scheckguthaben als solches in sich zusammenfällt und nur noch als allgemeines Bankguthaben fortbesteht.

sprüche, die der Kunde gegen die Bank hat, sind solche die sein Vermögen betreffen, da man unter dem Vermögen einer Person den Inbegriff aller derjenigen geldwerten Güter versteht, die einer Person zustehen. Diese Ansprüche sind fällig, somit gehören sie bereits zu seinem Vermögen im Augenblick der Konkurseröffnung. Daneben unterliegen sie auch der Zwangsvollstreckung, denn sie fallen unter den Begriff der Forderung im Sinne des § 851 CPO. Eine solche ist nur insoweit pfändbar als sie abtretbar ist. Hieraus folgt als argumentum e contrario, da die Forderung des Kunden gegen die Bank abgetreten werden kann, so kann sie auch gepfändet werden, m. a. W. sie unterliegt der Zwangsvollstreckung.

Aus diesen Darlegungen ergibt sich, daß das Aktivguthaben des Bankkunden im Falle seines Konkurses zu seiner Konkursmasse gehört.

Gemäß § 6 KO. verliert der Gemeinschuldner die Befugnis, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen, und zwar mit der Eröffnung des Verfahrens. Das Verwaltungs- und Verfügungsrecht wird durch den Konkursverwalter ausgeübt. Demnach kann nach Eröffnung des Verfahrens nur der Konkursverwalter über das Bankguthaben verfügen. Da aber nach § 3 KO. die Konkursmasse zur gemeinschaftlichen Befriedigung aller persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners dient, der Konkursverwalter aber für diese gemeinschaftliche Befriedigung zu sorgen hat, muß er auch berechtigt sein, das Bankguthaben zur Konkursmasse zu ziehen. Aber er ist nicht allein berechtigt dazu, sondern auf Grund seiner rechtlichen Stellung sogar verpflichtet.

Zum Beweise dieser Ansicht mögen folgende Erwägungen dienen:

Der Konkurs stellt sich dar als das gesetzlich geregelte Verfahren zum Zwecke der grundsätzlich gleichmäßigen Befriedigung der persönlichen Gläubiger des Gemeinschuldners. Damit dieses letzte Ziel des Konkurses erreicht werde, hat sich der Staat dieses Verfahrens bemächtigt. Allerdings werden auch die Konkursgläubiger bei der Durchführung des Verfahrens nicht übergangen, sie sind in der Gläubigerversammlung und durch den Gläubigerausschuß in der Lage, ihre Interessen wahrzunehmen, weil es sich ja vornehmlich um ihre Interessen handelt. Aber das für die Erreichung des Konkurszweckes Erforderliche hat der Staat in die Hand genommen. Er bedient sich des Gerichts und des Konkursverwalters als seiner Organe. Das Gericht hat die Aufsicht über das ganze Verfahren, der Konkursverwalter den geschäftlichen Teil zu erledigen, wenn

man so sagen darf. Letzterer unterstützt also den Staat in der Ausübung der öffentlich-rechtlichen Aufgabe, den Konkurs durchzuführen. Er hat dafür zu sorgen, daß die Gläubiger befriedigt werden, er hat aber auch dafür Sorge zu tragen, daß sie nur das erhalten, was ihnen im Konkurs zusteht. Ferner muß er die Habe des Kridars vor dem Zugriff dritter Personen schützen und in sie hineinziehen können, was zu ihr gehört. Daher bestimmt auch der § 6 KO., daß das Verwaltungs- und Verfügungsrecht über das zur Konkursmasse gehörige Vermögen des Gemeinschuldners durch den Konkursverwalter ausgeübt wird. Da der Konkursverwalter in Ausübung der ihm zustehenden Befugnisse als Organ des Staates handelt, so legt ihm auch seine amtliche Stellung die Pflicht auf, die ihm gegebenen Befugnisse auszuüben, denn sonst würde er sich einer Pflichtverletzung schuldig machen und könnte vom Staate zur Rechenschaft gezogen werden (ganz abgesehen von etwaigen Schadensersatzansprüchen, die die Konkursgläubiger gegen ihn geltend machen können.) Da, wie wir oben bereits erwähnten, der Konkursverwalter alles in die Masse hineinzuziehen hat, was zu ihr gehört, so müssen wir ihm auch die Pflicht auferlegen, das Guthaben des Kridars zur Konkursmasse einzuziehen.

Es mag indessen erwähnt werden, daß die Frage hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Konkursverwalters in der Literatur sehr bestritten ist. Die oben angedeutete sog. Amtstheorie wird von einer Reihe von Autoren[3]) und auch vom RG.[4]) vertreten. M. E. mit Recht, wie oben dargelegt. Dagegen werden noch die sog. Vertretungstheorien verfochten, die den Konkursverwalter als Vertreter betrachten. Sie streiten aber darüber, wessen Vertreter er denn sei. M. E. können diese Theorien nicht aufrecht erhalten werden. Die Ansichten, die im einzelnen hierüber bestehen, sind kurz folgende:

Die einen sehen ihn als Vertreter der Konkursmasse an, die mit Rechtssubjektivität ausgestattet sei. Andere wollen ihn als Vertreter der Gläubiger ansehen, sei es der einzelnen Gläubiger als Einzelberechtigter, sei es der Gläubigerschaft als Personengesamtheit.[5]) Wieder andere sehen in ihm den Vertreter des Gemeinschuldners.[6])

---

[3]) Oetker S. 112, 316ff. insbes. S. 321; Sarwey-Bossert S. 86ff.; Eccius i. Gruchot Bd. 33, S. 371ff; Bd. 34, S. 147/8; Thiele i. Gruchot Bd. 39, S. 601.

[4]) RGZ 47, 373; 35, 31; 52, 140; 29, 29, 36; 55, 266; 42, 89.

[5]) so Hellmann S. 632; Kohler S. 410/1; Seuffert S. 157.

[6]) so Endemann, Konkursrecht, S. 44; Jaeger S. 85, Anm. 17

Die Ansicht derer, daß der Konkursverwalter der Vertreter der Konkursmasse und diese mit Rechtspersönlichkeit ausgestattet sei, erscheint nicht einleuchtend, da die Konkursmasse Vermögensobjekt, nicht Vermögenssubjekt ist, denn der Gemeinschuldner bleibt auch nach der Konkurseröffnung Eigentümer der Konkursmasse. Auch im § 6 KO. ist die Konkursmasse als Vermögensobjekt charakterisiert, wenn der Paragraph sagt, daß der Gemeinschuldner die Befugnis verliert, über sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verfügen. Der Gemeinschuldner ist demnach das Subjekt dieser Vermögensmasse. Sie kann also nicht selbst Vermögenssubjekt sein, da neben dem Gemeinschuldner als Subjekt der Konkursmasse eine besondere Rechtspersönlichkeit derselben nicht denkbar ist. Wenn aber die Konkursmasse keine Rechtssubjektivität besitzen kann, kann auch der Konkursverwalter nicht Vertreter derselben sein, denn nur Rechtssubjekte sind vertretungsfähig, d. h. können vertreten werden. Gegen die Ansicht, daß der Konkursverwalter Vertreter der Gläubiger als Einzelberechtigter sei, spricht der Umstand, daß der Konkursverwalter in der Lage ist, die Forderungen der Gläubiger zu bestreiten, während er als Vertreter derselben ihr ausschließliches Interesse wahrzunehmen hätte. Ferner ließe sich gegen diese Ansicht anführen, daß zur Zeit des Erlasses eines Urteils, das sich auf die Konkursmasse bezieht, noch garnicht festzustehen braucht, wer eigentlich Konkursgläubiger ist. Auch als Vertreter der Gläubigerschaft als Rechtssubjekt und Personengesamtheit mit einem für sie bestehenden Sondervermögen, nämlich der Konkursmasse, kann der Konkursverwalter nicht angesehen werden, denn dieses Sondervermögen bleibt Eigentum des Gemeinschuldners, er ist also das Rechtssubjekt derselben, demnach kann es nicht die Gläubigerschaft sein. Ferner hat die KO. den Ausdruck Gläubigerschaft vermieden, in der bestimmten Absicht, hierdurch der Vorstellung, daß die Gesamtheit der Gläubiger eine juristische Person sei, den gesetzlichen Anhaltspunkt zu entziehen. Schließlich läßt sich noch gegen diese Ansicht anführen, daß für die Gläubiger ein dingliches Recht, ein Pfandrecht oder Beschlagsrecht, wie Kohler es nennt, an der Konkursmasse mit der Eröffnung des Konkurses nicht zur Entstehung gelangt.

Aber auch der zuletzt genannten Ansicht, daß der Konkursverwalter Vertreter des Gemeinschuldners sei, ist zu wider-

---

zu § 6; Wilmowski S. 26/27; Petersen-Kleinfeller S. 45 Nr. 13; Wolff S. 48, Ziff. 6; Willenbücher S. 20, Ziff. 4; Fitting S. 31; Petersen i. Gruchot Bd. 36, S. 133; Schellhas S. 274.

sprechen. Da der Gemeinschuldner mit der Konkurseröffnung das Verwaltungsrecht über die Konkursmasse verliert, kann dieses Recht auch von dem Konkursverwalter als seinem Vertreter nicht ausgeübt werden, denn wie soll jemand Rechte im Namen eines anderen ausüben, die diesem garnicht zustehen? Ferner läßt sich dieser Ansicht entgegenhalten, daß der Konkursverwalter Handlungen des Gemeinschuldners anfechten (§ 36 KO.) und ihn zum Offenbarungseide zwingen kann (§ 125 KO.), ja er kann sogar die Sicherungshaft desselben verlangen. (§ 101 KO.)

Auch aus diesen Erwägungen ergibt sich, daß allein die sog. Amtstheorie die richtige ist, so daß sich für den Konkursverwalter aus seiner amtlichen Stellung die Pflicht, nicht nur das Recht ergibt, das Aktivguthaben des Gemeinschuldners zur Konkursmasse zu ziehen.

Wie aber verhält es sich mit dem Guthaben, das auf Grund eines Krediteröffnungsvertrages zur Verfügung des Scheckausstellers steht?

Vor Schaffung des Scheckgesetzes war man wohl der Meinung, daß ein solches Guthaben zur Scheckziehung nicht verwendet werden könnte,[7]) indessen hat die neuere Literatur die Möglichkeit des Bestehens eines Bankguthabens aus reinem Kredit allgemein anerkannt. Das Guthaben gelangt dadurch zur Entstehung, daß die Bank ihren Kunden gegen Hinterlegung von Effekten oder Hypothekenbriefen, gegen Eintragung einer Sicherungshypothek oder gegen andere Wertgegenstände einen Kredit einräumt, ja bei Kunden, die ihr als durchaus zahlungsfähig bekannt sind, kann sie auch von einer solchen Sicherheit Abstand nehmen und dem Kunden einen sog. Blankokredit einräumen. Die Höhe dieses Kredits wird von den hinterlegten Sicherheiten oder der Kreditwürdigkeit des Kunden abhängen.

Die rechtliche Natur eines solchen Kreditguthabens stellt sich dar als Darlehn, das auf einem Krediteröffnungsvertrage, einem pactum de mutuo dando beruht.

Daß ein solches auf Kredit beruhendes Guthaben nicht in die Konkursmasse des Ausstellers fallen kann, erscheint selbstverständlich, denn es bildet ja keinen Bestandteil des Vermögens des Ausstellers, da der Aussteller durch die vor Konkurseröffnung eingelösten Schecks Schuldner der Bank geworden ist. Auch kann der Konkursverwalter nicht berechtigt resp. verpflichtet sein, das Kreditguthaben, soweit es vom Aussteller noch nicht

[7]) Vgl Koch, i. Vortr. u. Auff. S. 167, der den Begriff des Guthabens nicht für elastisch genug hält, um für den Fall des reinen Kredites auszureichen.

durch Schecks in Anspruch genommen ist, zur Konkursmasse zu ziehen. Dieses Ergebnis wird durch die Erwägung gestützt, daß der Krediteröffnungsvertrag nach Treu und Glauben die persönliche und finanzielle Vertrauenswürdigkeit des Scheckausstellers voraussetzt und nur unter der Bedingung der clausula rebus sic stantibus abgeschlossen ist;[8]) somit muß dem Bankier der Widerruf des pactum de mutuo dando zugesprochen werden, wenn sein Kunde in Konkurs geraten ist (§ 610 BGB.). Von einem Eintritt des Konkursverwalters in diesen Krediteröffnungsvertrag gemäß § 17 KO. kann keine Rede sein, da es sich nicht um einen gegenseitigen Vertrag handelt.

Die Bank ist demnach nicht verpflichtet, das Kreditguthaben zur Konkursmasse abzuführen. Die Forderung, die sie auf Grund des Krediteröffnungsvertrages gegen den in Konkurs geratenen Kunden erlangt, kann sie nur als Konkursforderung geltend machen. Hat sie aber Sicherheiten für den gewährten Kredit in Händen, so kann sie hinsichtlich derselben ein Absonderungsrecht gemäß § 48 KO. geltend machen.

§ 7. Der Widerruf eines vor Konkurseröffnung ausgestellten Schecks durch den Konkursverwalter.

Haben wir im vorigen Paragraphen festgestellt, inwieweit das Guthaben des Scheckausstellers zur Konkursmasse gehört, so müssen wir jetzt noch die Frage untersuchen, wie der Konkursverwalter sich zu verhalten hat, wenn vor der Konkurseröffnung vom Gemeinschuldner Schecks ausgestellt sind, die nach Konkurseröffnung noch im Umlauf sind, insbesondere kann der Konkursverwalter solche Schecks widerrufen?

Um diese Frage zu prüfen, müssen wir zunächst die andere beantworten, inwieweit kann der Scheckaussteller einen Scheck widerrufen. Das Scheckgesetz bestimmt hierüber im § 13 III: „Ein Widerruf des Schecks ist erst nach dem Ablaufe der Vorlegungsfrist wirksam."

Hieraus folgt, daß der Widerruf des Schecks nach Ablauf der Präsentationsfrist stets von der Bank beachtet werden muß, sie hat also die Pflicht, die Zahlung des Scheckbetrages zu verweigern. Da also der Scheckaussteller den Scheck nach Ablauf der Vorlegungsfrist widerrufen kann, müssen wir dieses Recht auch dem Konkursverwalter einräumen. Der Widerruf

[8]) Breit i. Holdh. MS. Bd. 16, S. 280; Canstein i. Holdh. WS. Bd. III, S. 199.

des Schecks stellt sich rechtlich als eine Verfügung über das Guthaben dar. Ein solches Verfügungsrecht verliert der Gemeinschuldner aber gemäß § 6 KO. mit der Eröffnung des Verfahrens. Da dieses Verfügungsrecht nach § 6 Abs. 2 KO. durch einen Konkursverwalter ausgeübt wird, ist dieser als zum Widerruf des Schecks berechtigt anzusehen. Ja, wir können sogar noch weiter gehen und sagen, der Konkursverwalter ist nicht nur berechtigt, sondern auch verpflichtet, den Scheck zu widerrufen. Eine solche Pflicht resultiert aus seiner rechtlichen Stellung. Da er dafür zu sorgen hat, daß die Gläubiger des Gemeinschuldners nur das bekommen, was sie zu fordern haben, muß er den Scheck widerrufen, denn solange die Bank die Eröffnung des Konkurses nicht kennt, kann sie auch den Scheck noch zu Lasten der Konkursmasse einlösen, so daß dann der Scheckinhaber den vollen Scheckbetrag bekommt, während er nur eine Konkursquote zu fordern hat. Dadurch würden die übrigen Konkursgläubiger benachteiligt. Eine solche Benachteiligung zu verhindern, ist die Pflicht des Konkursverwalters.[1])

Wie ist aber die Rechtslage zu beurteilen, wenn der Bank der Scheckwiderruf vor Ablauf der Vorlegungsfrist zugeht?

Wie wir oben dargetan haben, ist der Scheck eine besondere Art der Anweisung; da die Bestimmungen der Anweisung des bürgerlichen Rechts auch für den Scheck in Frage kommen, könnte der Scheckaussteller gemäß § 790 BGB. den Scheck jederzeit widerrufen, da ja eine Annahme desselben nicht in Frage kommt. Hiervon trifft aber der § 13 Abs. 3 Scheckgesetz eine abweichende Bestimmung.

Der Regierungsentwurf von 1892 hat in seinem § 10 letzter Satz den Scheck für unwiderruflich erklärt, in dem er bestimmt: „Ein Widerruf des Schecks seitens des Ausstellers hat keine rechtliche Wirksamkeit". Durch diese Bestimmung ist also die Unwiderruflichkeit des Schecks ausgesprochen. Man kann dem Inhalt dieses Paragraphen nur beipflichten, da er sich als logische Folgerung des dem Scheckinhaber nach dem Regierungsentwurf zugestandenen direkten Klagerechtes gegen den Scheckbezogenen auf Zahlung des Scheckbetrages darstellt (Regierungsentwurf § 10 erster Satz), denn da der Scheckinhaber im Augenblick der Scheckbegebung seitens des Ausstellers oder eines Indossanten einen direkten klagbaren Anspruch gegen die bezogene Bank erlangt und von ihr die Auszahlung des Scheckbetrages fordern kann, soweit sie Deckung

[1]) s. hierzu den vorigen Paragraphen der Arbeit.

in Händen hat, so kann dieser Anspruch nicht dadurch in Frage gestellt werden, daß der Scheckaussteller den Scheck widerruft. Hinsichtlich dieser Regelung im Regierungsentwurf ist lebhafter Streit in der Literatur darüber entbrannt, ob das direkte Klagerecht des Scheckinhabers gegen den Bezogenen [2]) und die Unwiderruflichkeit des Schecks[3]) dem Wesen des Schecks entsprechen und den praktischen Forderungen, die man an einen Scheck stellt, genügen. Durch die zahlreichen Erörterungen veranlaßt, hat nun der vorläufige Entwurf zu einem Scheckgesetz von 1907 auf Betreiben des Bundesrats das direkte Klagerecht des Scheckinhabers fallen gelassen. Auf der anderen Seite hat er aber den Widerruf des Schecks erst nach dem Ablauf der Vorlegungsfrist zugelassen. Diese Lösung scheint wenig befriedigend. [4]) Es wäre besser gewesen, man hätte von einer Regelung des Widerrufs überhaupt Abstand genommen und sich auf die Bestimmung des § 790 BGB. beschränkt. Nach der nunmehr getroffenen Regelung steht der § 13 Abs. 3 in der Luft. [5]) Jedenfalls sind durch diese Bestimmung verschiedene Streitfragen aufgetaucht, die zu lösen die Wissenschaft sich bemüht.

Hierher gehört zunächst die Frage, wie die Bank sich zu verhalten hat, wenn ihr ein Widerruf vor Ablauf der Vorlegungsfrist zugeht. Die Begründung zum Scheckgesetz [6]) führt hierzu aus, daß nach der Fassung des Entwurfs der Widerruf während der Vorlegungsfrist an sich erklärt werden kann, seine Rechtswirksamkeit indessen erst beginnt, wenn der Scheck nicht innerhalb der Frist vorgelegt worden ist. Da also somit der Widerruf während der Präsentationsfrist unwirksam ist, darf die Bank ihn während dieser Zeit nicht beachten. Für diese Ansicht spricht auch der Wortlaut des § 13 Abs 3. Die herrschende Meinung in der Literatur steht indessen auf dem Standpunkt, daß die Bank einen Widerruf während der Vorlegungsfrist beachten darf, ihn aber nicht unbedingt beachten muß, sondern auch trotz des Widerrufs den Scheck zu Lasten des

---

[2]) Vgl. Buff, Scheckverkehr, S. 76 ff; Hoppenstedt, 2. Wort, S. 23 ff.

[3]) Vgl. hierzu: Kuhlenbeck, Der Scheck, S. 121 ff; Buff, Scheckverkehr, S. 82 ff; Birnbaum i. ZHR. Bd. 30, S. 17 ff; Fick S. 429; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 395; Pavliceck i. ZHR. Bd. 61, S. 127 ff; a. A. Cohn i. Zeitschr. f vgl. Rw, Bd III, S. 84 ff; Hoppenstedt, Zum Scheckgesetz, S. 16 ff; vgl. oben.

[4]) Vgl. Herzfeld i. Holdh MS. Bd. 17, S. 172; i. Leipz. Ztschr. Bd. II, S. 437; Breit i. Holdh. MS. Bd. 17, S. 201/2; i. Seuff. Bl. 1908, S. 676

[5]) Vgl. z. B. Sichermann S. 18; Breit an verschiedenen Orten.

[6]) S. 29.

Ausstellers einlösen kann.[7]) Breit, der diese Ansicht auch vertritt und sich des öfteren über diese Frage geäußert hat,[8]) führt hierzu aus:[9]) Der Bundesrat hätte, nachdem er einmal den direkten Honorierungsanspruch des Scheckinhabers gegen den Bezogenen beseitigt hatte, die mit ihm in integrierendem Zusammenhang stehende Unwiderruflichkeit des Schecks selbstverständlich auch streichen müssen. Da er dies nicht getan habe, stehe die Unwiderruflichkeit des Schecks nur auf dem Papier. Jedenfalls habe jetzt die Bestimmung über die Widerruflichkeit des Schecks einen ganz anderen Charakter als in dem vorläufigen Entwurf von 1892. Da der Gesetzgeber keine Gesetze schaffe, die nur auf dem Papier stehen, müsse man in die Bestimmung des § 13 Abs. 3 ein wenig Sinn hinein zu interpretieren suchen. Hierzu biete der § 823 Abs. 2 die Möglichkeit. Es stehe außer Zweifel, daß die Beschränkung des Widerrufsrechts seitens des Ausstellers den Scheckinhaber schützen solle, sodaß man den § 13 Abs. 3 als ein den Schutz eines andern bezweckendes Gesetz auffassen möchte. Indessen verstößt nicht die Bank gegen dieses Schutzgesetz, wenn sie einen vorzeitigen Widerruf beachtet, sondern der Aussteller, der den Scheck vorzeitig widerruft.[10]). „Der Eingang des Widerrufs bildet für die Bank nur das Motiv der Nichthonorierung des Schecks. Da aber der Scheckinhaber überhaupt zur bezogenen Bank in keinem Rechtsverhältnis steht, so ist im Verhältnis zwischen den Beiden das Motiv, aus dem die Bank die Zahlung ablehnt, gleichgültig." In späteren Abhandlungen hat Breit seine Ansicht, daß der § 13 Abs. 3 sich als ein Schutzgesetz im Sinne des § 823 Abs. 2 darstellt, aufgegeben und hält nur eine Anwendung des § 826 für gegeben, wenn der Scheckaussteller den Scheck „frivol" widerruft, indem er darauf hinweist, daß der Aussteller auch auf andere Weise die Einlösung des Schecks inhibieren könne, wenn er z. B. durch einen zweiten Scheck über sein Guthaben verfügt oder den Scheckvertrag kündigt. Allein genügt nicht ein solches Verhalten des Ausstellers oder sein bloßer Widerruf für die Anwendung des § 826, sondern es müssen noch besondere Umstände hinzukommen, die das Verhalten der Ausstellers als gegen die guten Sitten verstoßend charakterisieren.[11]) Auf

[7]) So auch: s. Anm. 15.

[8]) i. Holdh. MS. Bd. 17, S. 202; i. ZHR. Bd. 64, S. 499; Rechte und Pflichten S. 26.

[9]) i. Holdh. MS Bd. 17, S. 202.

[10]) So auch Jacusiel i. Bankarch., VII, S. 284.

[11]) Vgl. i. ZHR. Bd. 64, S. 493 ff; i. Holdh. MS. Bd. 17, S. 203, 205.

Grund seiner Erwägungen kommt Breit[12]) zu dem Ergebnis, daß die Unwirksamkeit des Widerrufs eine praktisch durchaus verfehlte Vorschrift ist, deren einziger Erfolg ist, Unsicherheit in den Scheckverkehr zu tragen. An anderer Stelle[13]) sagt er, daß der Inhalt des § 13 Abs. 3 nur der sei, daß der Bezogene bis zum Ablauf der Präsentationsfrist in der Lage sei, auch den widerrufenen Scheck dergestalt einzulösen, daß die Zahlung in gleicher Weise zu Lasten der Ausstellers geht, als wenn der Widerruf nicht erfolgt wäre,[14]) daß die Bank den Widerruf des Ausstellers vor Ablauf der Präsentationsfrist doch beachten kann. Diese Ansicht wird auch von einer Reihe von Autoren in der Literatur vertreten, und man kann sie wohl als die herrschende bezeichnen.[15])

M. E. ist diese Ansicht auch begründet. Da die Bank zu dem Scheckinhaber in keinerlei Rechtsbeziehung steht, hat sie ihm gegenüber auch nicht die Pflicht, den Widerruf des Kunden innerhalb der Vorlegungsfrist nicht zu beachten. Auch trifft sie keinerlei Schadensersatzpflicht, denn § 823 Abs. 1 BGB. ist nicht anwendbar, da die Bank durch die Beachtung des Widerrufs innerhalb der Vorlegungsfrist nur ein Forderungsrecht des Scheckinhabers verletzen könnte, ein solches aber nach herrschender Meinung nicht unter den genannten Paragraphen fällt.[16]) Auch § 823 Abs. 2 kommt nicht für die Schadensersatzpflicht der Bank in Frage. Zwar könnte man den § 13 Abs. 3 als Schutzgesetz ansehen, aber nicht die Bank verstößt gegen dieses Schutzgesetz, sondern der Aussteller,[17]) so daß nur ihm gegenüber eine Schadensersatzpflicht begründet werden könnte.[18]) Höchstens könnte § 826 herangezogen werden. Da aber die Bank niemals die Zahlung verweigern wird, um dem

---

[12]) s. i. Holdh. MS. Bd. 17, S. 206.

[13]) i. ZHR. Bd. 64, S. 496.

[14]) Rechte und Pflichten S. 26.

[15]) Langen S. 53; Lessing S. 113/4; Herzfeld in Lpz. Ztschr. Bd. II, S. 438; Helbing i. Holdh. MS. Bd. 17, S. 172; Kuhlenbeck, Scheckgesetz, S. 73; Winterwerb i. Bankarch. VIII, S. 259, Jacusiel i. Bankarch. VII, S. 284; Canstein S. 153, der freilich meint, daß große Banken der Vorschrift des Gesetzes, — trotzdem ihnen keine Gefahr droht, wenn sie den Widerruf beachten — folgen werden und in jenen Fällen, in denen der Widerruf unwirsam ist, trotz des Widerrufs den Scheck einlösen, weil dies die gute Sitte und das Ansehen dieser Banken fordert und die hohe Stellung derselben außer Zweifel setzt (noblesse oblige.) Aber kleinere Bankiers . . . Ein solcher Unterschied ist m. E. doch nicht angebracht, ob er überhaupt zutrifft, möchte ich bezweifeln. a. A. Schreiber in ZHR. Bd. 66, S. 357 (gegen Breit),

[16]) Planck B. 973 zu § 823; Staudinger S. 1423 mit Litt. u. a

[17]) s. oben.

[18]) Breit i. Seuff. Bl. 1908, S. 676 a E; Langen S. 53; Kohl

Scheckinhaber einen Schaden zuzufügen, dürfte auch dieser Paragraph ausfallen, denn die Bank hat vielmehr dabei nur die Interessen des Ausstellers im Auge. Aber auch vom wirtschaftlichen Standpunkte scheint ein solches Verhalten der Bank berechtigt. Da der Scheckaussteller Kunde der Bank ist, wird sie stets darauf bedacht sein, seine Interessen wahrzunehmen. Widerruft also der Kunde den Scheck, so wird die Bank sich sagen, an dem Scheck ist etwas nicht in Ordnung, der Aussteller will die Zahlung des Schecks verhindern, sei es, daß er bei der Scheckausstellung getäuscht ist, sei es, daß er den Scheck infolge eines Betruges oder einer Drohung begeben hat, oder daß die Leistung, für deren Erfüllung er den Scheck ausgestellt hat, nicht erfolgt ist oder ähnliches. Jedenfalls wird für sie der widerrufene Scheck zu einem verdächtigen Papier.[19]) Da nun der Scheckaussteller der Bank als ihr Kunde viel näher steht als der Scheckinhaber, den sie vielleicht garnicht kennt, wird sie die Interessen des Kunden wahrnehmen und weniger die des Scheckinhabers, denn von jenem hat sie ihren Vorteil, während ihr dieser vielleicht ganz fremd gegenübersteht.

Die Bank wird daher gut tun, den vorzeitigen Widerruf ihres Kunden zu beachten, mag er nun schlechthin erklärt werden oder mag ihm von dem Kunden auch eine Begründung hinzugefügt sein.

In praxi möchte ich den Banken folgendes Verhalten empfehlen: Wird der Bank ein Scheck zur Zahlung vorgelegt, der innerhalb der Vorlegungsfrist vom Aussteller widerrufen ist, so könnte sie dem Scheckinhaber den Scheckbetrag auf dem sog. Conto pro diverse zur Verfügung halten, dagegen ihren Kunden mit dem Scheckbetrage einstweilen auf Konto belasten und abwarten, wie sich die Dinge weiterhin entwickeln. Erweist sich der Widerruf des Ausstellers als begründet, bringt sie ihm den Scheckbetrag auf Konto wieder gut, andernfalls zahlt sie ihn später dem Scheckinhaber aus. Auf diese Weise hat die Bank einmal die Interessen des Scheckausstellers gewahrt, da sie ihm jederzeit den Scheckbetrag auf Konto wieder gutschreiben kann, andererseits schädigt sie auch nicht die Interessen des Scheckinhabers, — der ja auch ihr Kunde sein kann, — da sie ihm bei unbegründetem Widerruf den Scheckbetrag jederzeit auszahlen kann und ihn somit der Gefahr überhebt, daß der

S. 49; Jehle S. 59; Winterwerb i. Bankarch. VIII, S. 259; Jacusiel i. Bankarch., VII, S. 284 lehnen eine Schadensersatzpflicht gegen die Bank ab.

[19]) Aehnlich auch Breit an verschiedenen Orten.

Scheckaussteller sein ganzes Guthaben abhebt oder anderweitig darüber verfügt. So ist der Scheckinhaber geschützt gegen etwaige betrügerische Manipulationen des Scheckausstellers. Die Interessen sämtlicher Scheckbeteiligten sind auf diese Weise am besten gewahrt. Auch juristisch dürfte sich hiergegen nichts einwenden lassen. Denn das Zurverfügunghalten des Scheckbetrages auf Conto pro diverse kann einer Gutschrift auf Konto und somit einer Zahlung des Scheckbetrages nicht gleichgeachtet werden. Die Bank hat formell den Widerruf ihres Kunden nicht beachtet, da sie ihn für den Scheckbetrag auf Konto belastet hat, indessen doch seine Interessen gewahrt, indem sie den Betrag nicht ausgezahlt hat, sodaß der Aussteller später wieder leicht in den Besitz des Geldes gelangen kann.

So entgeht die Bank allen Weiterungen und tritt keinem ihrer Kunden zu nahe, sodaß sie dadurch keine geschäftlichen Nachteile erleiden kann.

Es wäre noch die Frage zu prüfen, ob die Bank sich nicht generell im Scheckvertrag verpflichten kann, jeglichen Widerruf ihres Scheckkunden zu beachten. Diese Frage wird in der Literatur verschieden beurteilt, je nachdem man den § 13 Abs. 3 auslegt, ob er ius cogens oder ius dispositivum ist. M. E. ist die letztere Ansicht die richtige.[20]) Hierfür dürfte auch die Fassung des Paragraphen sprechen. Wenn der Paragraph sagt, daß der Widerruf erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist wirksam wird, so soll dadurch nur die Wirksamkeit des Widerrufs bestimmt werden, nicht aber ein Verbot für die Erklärung des Widerrufs aufgestellt werden. Der Kunde kann den Scheck vor Ablauf der Präsentationsfrist widerrufen, eine Pflicht für die Bank entsteht aber daraus nicht, den Widerruf zu beachten. Kann sie ihn aber vor Ablauf der Vorlegungsfrist beachten (s. o.), so muß man der Bank auch das Recht einräumen, mit dem Kunden zu vereinbaren, daß sie jeden Widerruf beachten werde.[21]) Hätte der Gesetzgeber mit dem § 13 Abs. 3 für den Aussteller ein Verbot des Widerrufs während der Vorlegungsfrist statuieren wollen, so hätte er ihm vielleicht die Fassung geben können: „Der Scheck darf erst nach Ablauf der Vorlegungsfrist widerrufen werden." Dann wäre dadurch ein Verbot an den Aussteller gerichtet, den Scheck

[20]) So auch Breit, Rechte und Pflichten S. 26; i. ZHR. Bd. 64. S. 499 (gegen Jacusiel); i. Holdh. MS. Bd. 17, S. 203; a. A. Lessing, S. 113; Jacusiel i. Bankarch, VII, S. 285 (gegen Breit bei Holdh. MS. Bd. 17, S. 203); Langen S. 53; Kohl S. 49; Jehle S. 59.

[21]) So auch Breit an verschiedenen Orten. a. A. die in Anm. 20 zit. Autoren.

vor Ablauf der Vorlegungsfrist zu widerrufen und eine anderweitige Vereinbarung im Scheckvertrage wäre ausgeschlossen, da es sich dann um eine Mußvorschrift handelt.

Nach diesen Darlegungen kommen wir zu folgendem Ergebnis: Der Scheckaussteller kann den Scheck jederzeit widerrufen, die Bank braucht den Widerruf während der Vorlegungsfrist nicht zu beachten, kann ihn aber beachten und die Zahlung des Schecks verweigern. Auch ist eine Vereinbarung im Scheckvertrage des Inhalts möglich, daß die Bank jeden Widerruf beachten werde.

Kann nun auch der Konkursverwalter den Scheck während der Vorlegungsfrist widerrufen?

M. E. ist diese Frage zu bejahen. Zwar ergibt sich für die Bank nicht die Pflicht, den Widerruf zu beachten, selbst wenn die Beachtung eines jederzeitigen Widerrufs im Scheckvertrage vereinbart worden sein sollte, aus dem Scheckvertrage, denn wir haben gesehen, daß der Scheckvertrag in dem Augenblick erlischt, wo über das Vermögen des Ausstellers der Konkurs eröffnet ist. Auf diese Vereinbarung kann der Konkursverwalter einen Widerruf also nicht stützen. Dies ist aber auch nicht erforderlich. Wie wir oben dargelegt haben, kann der Scheckaussteller den Scheck jederzeit widerrufen, also muß es auch der Konkursverwalter können. Dieses Ergegnis läßt sich einmal durch den § 6 KO. rechtfertigen, nach dem der Gemeinschuldner die Befugnis verliert, sein zur Konkursmasse gehöriges Vermögen zu verwalten und über dasselbe zu verfügen. Das Bankguthaben gehört zur Konkursmasse,[22]) demnach wird die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über dasselbe durch den Konkursverwalter ausgeübt. Ferner kann man zur Stützung dieser Ansicht auf die Stellung des Konkursverwalters hinweisen. Da er dafür Sorge zu tragen hat, daß die Gläubiger nur das erhalten, was ihnen im Konkurse zusteht,[23]) so ist er kraft seines Amtes verpflichtet, zu verhindern, daß der Scheckinhaber den ganzen Scheckbetrag erhält, während ihm nur eine Konkursquote zukommt. Um dieses Ziel zu erreichen, kann er sich des Widerrufs bedienen.

Wie wir an anderer Stelle festgestellt haben, darf die Bank nach Kenntnis von der Konkurseröffnung einen ihr zur Zahlung vorgelegten Scheck nicht mehr einlösen, wenn sie sich nicht nochmaliger Inanspruchnahme aussetzen will. In praxi würde sich also das Ergebnis folgendermaßen gestalten: Der

---

[22]) s. S 48 der Arbeit.

[23]) s. hierzu im Einzelnen die Ausführungen auf S. 49 der Arbeit.

Konkursverwalter kann den Scheck widerrufen, aber die Bank ist nicht verpflichtet, ihn innerhalb der Vorlegungsfrist zu beachten. Hat die Bank keine Kenntnis von der Konkurseröffnung, könnte sie den Scheck einlösen, und zwar zu Lasten der Konkursmasse. Da nun der Konkursverwalter in seinem Widerruf erklären wird, daß er als Konkursverwalter über das Vermögen des X den Scheck widerruft, erhält die Bank Kenntnis davon, daß über das Vermögen ihres Kunden Konkurs eröffnet ist, sie darf also den Scheck nicht mehr zu Lasten der Konkursmasse einlösen. Somit kommen wir zu dem Ergebnis, daß der Widerruf des Schecks durch den Konkursverwalter sich darstellt als die Mitteilung des Konkursverwalters an die Bank, daß über das Vermögen des Scheckausstellers Konkurs eröffnet ist. Hierdurch ist für die Bank die Pflicht statuiert, die Einlösung des Schecks zu verweigern, falls sie nicht noch einmal den Scheckbetrag an die Konkursmasse entrichten will. Hieraus folgt also, daß es eines Widerrufs des Schecks durch den Konkursverwalter garnicht bedarf, sondern daß es genügt, wenn der Konkursverwalter der Bank mitteilt, daß über das Vermögen des Scheckausstellers der Konkurs eröffnet ist.[24])

Betrachten wir noch hinsichtlich des Widerrufs des Schecks durch den Scheckaussteller das ausländische Recht, so ergibt sich in logischer Konsequenz der Durchführung der Zessionstheorie, daß in denjenigen Ländern, welche diese Theorie anerkennen (Frankreich, Belgien, Schottland, Italien) ein Widerruf des Schecks nicht möglich ist. So bestimmt z. B. Art. 5 des belgischen Rechts, daß der Aussteller strafbar ist „qui par une contrelettre altère le caractère de la disposition". Anders in England, das den Bankier verpflichtet vom Augenblick der Kenntnis des Widerrufs, den Scheck zu dishonorieren. (The duty and authority of a banker to pay a cheque drawn on him is determined by countermand of payment.) Oesterreich hat eine der deutschen ganz ähnliche Bestimmung in sein Scheckgesetz aufgenommen. (§ 13 Ziff. 2). Danach ist auch der Widerruf erst nach Ablauf der Präsentationsfrist für den Bezogenen wirksam, wenn der Scheck nicht innerhalb der Vorlegungsfrist präsentiert wird. Aehnlich auch der Ungar. Entw. (§ 14).[25])

---

[24]) Aehnlich auch Breit i. ZHR. Bd. 64, S. 507.

[25]) Vgl. hierzu im Einzelnen: Conrad Handb., S. 212; Kapp i. ZHR. Bd. 30, S. 380; Canstein, Der Scheck, S. 144; (für Oesterreich); Cohn i. Zeitschr. f. vgl. Rw. Bd. III, S. 106; Simonson i. Bankarch. IV. S. 85/86 (für Oesterreich).

D. Schluß.

§ 8. Zusammenfassendes Ergebnis der Abhandlung.

1) Der Scheckinhaber kann seine Forderung, die er auf Grund eines Schecks erlangt, nur als Konkursforderung geltend machen, irgendwelche Vorzugsrechte stehen ihm dagegen nicht zu.

2) Die Bank kann den Scheck so lange einlösen, bis sie von der Eröffnung des Konkurses über das Vermögen des Scheckausstellers Kenntnis erlangt hat. Hierbei ist es einerlei, ob es sich um einen Scheck auf Schuld oder um einen Kreditscheck handelt.

3) Das Aktivguthaben des Kridars gehört zur Konkursmasse, der Konkursverwalter ist auf Grund seiner rechtlichen Stellung verpflichtet, ein solches Guthaben zur Konkursmasse zu ziehen, um es zur Befriedigung der Konkursgläubiger zu verwenden.

Das Guthaben, das durch einen Krediteröffnungsvertrag geschaffen ist, kann dagegen nicht zur Konkursmasse gehören, da seine rechtliche Natur dem widersprechen würde.

4) Der Scheckaussteller kann den Scheck nach Ablauf der Vorlegungsfrist jederzeit widerrufen. Die Bank ist verpflichtet, einen solchen Widerruf zu beachten. Andererseits ist auch der Konkursverwalter verpflichtet, den Scheck nach Ablauf der Vorlegungsfrist zu widerrufen, um zu verhindern, daß der Scheckinhaber nicht mehr erhält, als ihm zusteht.

Aber auch innerhalb der Vorlegungsfrist kann der Scheckaussteller den Scheck widerrufen. Die Bank ist nicht verpflichtet, einen solchen Widerruf zu beachten, kann ihm aber Folge leisten. — Was den Widerruf innerhalb der Vorlegungsfrist durch den Konkursverwalter betrifft, so können wir sagen, daß es eines solchen garnicht bedarf. Der Konkursverwalter kann den Scheck innerhalb der Vorlegungsfrist widerrufen, indessen stellt sich ein solcher Widerruf dar als die Mitteilung des Konkursverwalters an die Bank, daß über das Vermögen

des Scheckausstellers Konkurs eröffnet ist, so daß sie den durch den Konkursverwalter widerrufenen Scheck nicht mehr einlösen darf, wenn sie sich nicht nochmaliger Inanspruchnahme seitens der Konkursmasse aussetzen will.

§ 9. Die in der Arbeit behandelten Fragen in Hinsicht auf ein Weltscheckrecht.

Wie aus der Abhandlung hervorgeht, bestehen in einer Reihe von Staaten hinsichtlich der in der Arbeit erörterten Fragen ähnliche, ja teilweise sogar gleichlautende Bestimmungen, so daß es ein Leichtes sein wird, hierüber in einem internationalen Scheckgesetz Bestimmungen zu treffen, die die Zustimmung aller beteiligten Staaten finden werden.

Wesentliche Unterschiede bestehen dagegen hinsichtlich derjenigen Fragen, die sich aus der rechtlichen Natur des Schecks herleiten und sich als Folgerungen derselben ergeben. In einer Reihe von Staaten ist die französische Zessionstheorie anerkannt; im Gegensatz zu ihr sehen andere Staaten in dem Scheck eine Art der Anweisung. Infolge dieser für ein Weltscheckrecht so grundlegenden Unterschiede dürfte es zweifelhaft erscheinen, ob sich überhaupt eine Einigung erzielen läßt, da kein Staat so leicht die in seinem Lande herrschende Ansicht aufgeben wird. Indessen wäre eine Einigung hinsichtlich dieser Punkte wohl zu wünschen, damit nicht daran die Schaffung eines Weltscheckrechtes scheitert, zumal ein solches für den internationalen Verkehr der Staaten von erheblicher Bedeutung ist. Vielleicht könnte durch beiderseitiges Nachgeben die Möglichkeit geschaffen werden, ein Weltscheckrecht ins Leben zu rufen. M. E. wäre es allerdings das Richtigste, wenn die Länder, die sich der französischen Zessionstheorie angeschlossen haben, diese aufgeben würden, da ja die Zessionstheorie für die Scheckausstellung in den seltensten Fällen als richtig anerkannt werden kann, wie in der Abhandlung nachgewiesen ist.

Lebenslauf.

Ich, Georg Bernard Pullmann, Sohn des Kaufmanns Georg Pullmann, wurde am 6. Mai 1887 zu Osnabrück, Provinz Hannover, geboren. Nachdem ich zunächst vom Jahre 1893 bis 1896 die Bürgerschule in Osnabrück besucht hatte, trat ich Ostern 1896 zum Kgl. Realgymnasium daselbst über. Hier bestand ich im Herbst 1907 das Abiturientenexamen. Darauf trat ich bei der Deutschen Nationalbank in Osnabrück als Lehrling ein und verblieb dort bis zum 1. Oktober 1909. Ich wandte mich dann dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaften zu und studierte an folgenden Universitäten: Münster (Wintersemester 1909/10; Sommersemester 1910), Göttingen (Wintersemester 1910/11), München (Sommersemester 1911), Münster (Wintersemester 1911/12; Sommersemester 1912; Wintersemester 1912/13). Im März 1913 meldete ich mich zum Referendarexamen am Oberlandesgericht Hamm, woselbst ich das Examen am 31. Juli 1913 bestand. Zur Zeit bin ich als Referendar am Amtsgericht Papenburg (Ems) tätig.